

ADGANGEN TIL BRUK AV MIDLERTIDIGE ANSETTELSE ETTER AML. § 14-9 a



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 638
Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 15282 ord

25.04.2011

1.0 Innledning.....	3
1.1 Hovedregel	3
1.2 Midlertidig ansettelse	4
1.3 Problemstilling	5
1.4 Avgrensning av oppgaven	6
1.5 Oppgavens oppbygging.....	7
1.6 Historikk.....	7
2.0 Arbeidets Karakter	11
2.1 Avklart slutt.....	13
2.2 Tilsigelsesavtaler	15
2.3 Ikke kvalifisert.....	17
2.4 Vurdering av opprettelse av stilling	21
2.5 Midlertidig arbeidsplass/begrenset bevilgning.....	25
3.0 Arbeid som skiller seg fra det som ordinært utføres	29
3.1 Bestemt oppdrag.....	30
3.2 Sesongmessige svingninger.....	32
3.3 Uforutsigbar arbeidsmengde og andre uforutsigbare topper.....	35
3.4 Ordrebasert virksomhet	38
4.0 Tidsaspektet.....	40
4.1 Midlertidig ansettelse skal være tidsavgrenset.....	41
4.2 4-årsregelen	41
4.3 Arbeidstakers fravær	42
5.0 Kildeliste	45
5.1 Litteraturliste	45
5.2 Lovhenvvisninger.....	45
5.3 Forarbeider	46
5.4 Rettsavgjørelser	46

1.0 Innledning

Denne oppgaven tar for seg adgangen til bruk av midlertidige ansettelser i arbeidsforhold i Norge. Dette er i all hovedsak regulert i Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 2005, heretter arbeidsmiljøloven (aml.). Denne lovens § 14-9 oppstiller vilkår for i hvilke tilfeller det kan være lovlig å bruke midlertidig ansettelse. Paragrafen tar med blant annet vikariater, praksistid, verv innen idretten med mer. I denne oppgaven vil jeg imidlertid begrense meg til § 14-9 a som sier at det er lovlig med midlertidig ansettelse ”når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten”.

1.1 Hovedregel

Et arbeidsforhold er en avtale mellom to parter hvor den ene stiller sin personlige arbeidskraft til rådighet for den andre¹, mot et avtalt vederlag. For de fleste av oss er jobben den eneste inntekten og grunnlaget for hele ens personlige økonomi. Siden det vanligste er å ha bare en jobb om gangen er vi avhengig av andre mennesker for å tjene til livets opphold. Dette gjør oss sårbare for endringer i arbeidssituasjonen. Det er viktig for oss å kunne stole på at jobben også vil være der i morgen og at man fortsatt vil kunne ha denne inntekten i årene som kommer. Inntektsgarantien er grunnlaget for muligheten til å ta boliglån, stifte familie og foreta andre beslutninger som vil gi langsiktige utgifter. Derfor kan det oppfattes som en belastning dersom en arbeidsgiver ikke vil stille en slik langsiktig garanti.

Hovedregelen for ansettelsesforhold er at de skal være faste jf. aml. § 14-9 1. ledd 1. punktum. En fast ansettelse vil si at avtalen er tidsubegrenset og omfattet av de vanlige reglene for stillingsvern². Konsekvensen av dette er at dersom det ikke er avtalt at arbeidsforholdet skal være midlertidig, er det å regne som fast.

Hovedregelen er uttrykk for at lovgiver ikke ønsker at det skal være adgang til å bruke midlertidige ansettelser til å fylle et fast bemanningsbehov. I forarbeidene til revisjonen av arbeidsmiljøloven av 1995 gikk man ut ifra at et frislipp av adgangen til midlertidige ansettelser ville føre til at slike i større grad ble brukt for å fylle et vedvarende behov.

¹ Jakhell 2004:22

² Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 202

”Det ble lagt til grunn at dette kan føre til at virksomheten gradvis innskrenker sin stab av faste ansatte til en kjerne hvor restbehovet for arbeidskraft fylles opp med andre stillinger knyttet til virksomheten.”³

At en slik utvikling ikke er ønskelig begrunnes med at de midlertidige ansatte har dårligere stillingsvern og at midlertidige kontrakter gir den ansatte dårligere muligheter privat, for eksempel ved søknad om banklån⁴.

At dette er en hovedregel indikerer at det likevel er mulig å benytte midlertidige ansettelser, men at adgangen er begrenset. Enkelte stillinger får sin adgang til bruk av slike ansettelser begrenset gjennom særlovgivning, men det dreier seg i all hovedsak om ledelsesstillinger i det offentlige som helsedirektøren, politidirektøren, sivilforsvarssjefen med flere⁵ som ikke er fokus for denne oppgaven. For det store flertallet er det arbeidsmiljølovens § 14-9 som regulerer adgangen til bruk av midlertidige ansettelser.

1.2 Midlertidig ansettelse

En midlertidig ansatt kan defineres som

”en person som har en arbeidsavtale eller et ansettelsesforhold inngått direkte mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren, der avtalens eller ansettelsesforholdets utløp er fastsatt ut fra objektive vilkår som en bestemt dato, at et bestemt oppdrag fullføres eller at en bestemt hendelse inntreffer,”⁶

Arbeidsmiljøloven, som regulerer adgangen til å benytte slike ansettelser, er ment å skulle sikre så vel arbeidstakerens som arbeidsgiverens rettigheter. Lovens formål er å sikre arbeiderens stabilitet og sikkerhet samtidig som den skal gi arbeidsgiver den nødvendige fleksibilitet. Slik formulerer Arbeidslivslovsutvalget sitt mål med lovteksten:

”Utvalget vil legge vekt på at forslagene skal gi balanserte og stabile løsninger som kan stå seg over tid. Dette forutsetter at lovgiver finner en god avveining mellom hensynene til fleksibilitet for virksomhetene og trygghet for arbeidstakerne.”⁷

³ NOU 2004:5 s. 291

⁴ Innst. O. nr. 100 2004-2005 s. 40

⁵ NOU 2004:5 s. 293

⁶ Ot. prp. nr. 64 2001-2002 s. 9

⁷ NOU 2004:5 s. 291

Dette er også tatt inn i lovens formålsparagraf.

1-1. Lovens formål

Lovens formål er:

- a) å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, og med en velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet,
- b) å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet,
- c) å legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon,
- d) å gi grunnlag for at arbeidsgiver og arbeidstakerne i virksomhetene selv kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø i samarbeid med arbeidslivets parter og med nødvendig veiledning og kontroll fra offentlig myndighet,
- e) å bidra til et inkluderende arbeidsliv.

Det er særlig punkt b om å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling som gjelder for § 14-9 om midlertidige ansettelser. Midlertidige ansettelser er ikke ansett som å gi den samme trygghet som en fast ansettelse og forskning viser at det er enkelte grupper som særlig blir offer for midlertidige kontrakter⁸. Dette kan forstås som en forskjellsbehandling av disse gruppene.

§ 14-9 er også spesiell fordi den befinner seg midt i en avveining av hensynet til arbeidstakers krav på sikkerhet og arbeidsgivers behov for fleksibilitet. Midlertidige ansettelser gjør det enklere for en arbeidsgiver å sjonglere med arbeidstokken slik at den til en hver tid passer bemanningsbehovet perfekt, men er som tidligere nevnt ikke ansett for å gi arbeidstakeren samme sikkerhet og forutsigbarhet som fast ansettelse. Det blir dermed et spørsmål som hva som skal veie tyngst av disse hensynene.

1.3 Problemstilling

Hovedproblemstillingen er:

Når er det lov å ansette noen på midlertidig kontrakt etter aml. § 14-9 a?

⁸ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 206f

Arbeidsmiljølovens § 14-9 a stiller opp to vilkår for at midlertidig ansettelse skal være tillatt. Med bakgrunn i disse, blir sentrale spørsmål i denne oppgaven blant annet hvordan det er ment at vilkårene skal tolkes og hvordan de tidligere har blitt anvendt. Disse spørsmålene vil jeg forsøke å besvare først og fremst med utgangspunkt i lovens forarbeider og rettspraksis.

I tillegg til arbeidsmiljølovens § 14-9 a vil jeg også se på den samme paragrafens 5. ledd om det som i denne oppgaven vil bli omtalt som fireårsregelen. Denne vil inngå i en del av drøftningen som omhandler tidsaspektet ved midlertidige ansettelser og konsekvensen av rettsapparatets tolkning av en lovhjemmel.

1.4 Avgrensning av oppgaven

Utgangspunktet for oppgaven er arbeidsmiljølovens § 14-9 a sine to vilkår for midlertidig ansettelse. Jeg skal ikke behandle de øvrige vilkårene som finnes i punkt b-e samt ledd 2-4. Overnevnte paragrafs 5. ledd om tidsaspektet ved midlertidige ansettelser vil jeg imidlertid behandle under denne oppgavens punkt 4.

Jeg skal ikke ta med tjenestemannsloven som eget element til tross for at denne har noen egne regler om midlertidige ansettelser som er interessante. Jeg må imidlertid vise til tjenestemannsloven i et par tilfeller. Det ene gjelder når det er vist til den i forarbeider og lignende, det andre er når den kan bidra konstruktivt til tolkningen av arbeidsmiljøloven.

Det å omskolere seg eller skifte yrke er blitt mer vanlig⁹. Det fører til at en person kan ha opptil flere arbeidsgivere i løpet av en karriere og at man ikke nødvendigvis blir like lenge hos hver arbeidsgiver. Men selv om mange mennesker skifter jobb en eller flere ganger i løpet av livet, er muligheten til å stole på at en har en jobb å gå til i det lange løp svært viktig for de fleste. Jeg vil derfor i denne oppgaven legge til grunn at arbeidstakeren vil ha fast ansettelse og at det er arbeidsgiveren som forhindrer dette i de tilfellene hvor midlertidig ansettelse brukes. Jeg vil av den grunn ikke komme nærmere inn på partenes rettigheter i situasjoner der en arbeidstaker kun ønsker en midlertidig kontrakt.

Jeg tar i denne oppgaven ikke for meg kontraktsplikten, brudd på denne eller konsekvenser av ulovlige midlertidige ansettelser.

⁹ NOU 2004:5 s. 100

1.5 Oppgavens oppbygging

Oppgaven er delt i tre deler. De to første omhandler arbeidsmiljølovens § 14-9 a om vilkårene *arbeidets karakter* og når *arbeidet skiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften*. Disse to vilkårene blir behandlet hver for seg.

For hvert av vilkårene vil jeg peke på ansettelsessituasjoner som kan gi grunnlag for bruk av midlertidig ansettelse. Disse situasjonene vil bli drøftet med utgangspunkt i alminnelige rettskilder som lovtekst, forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn. Gjennom disse punktene vil jeg blant annet vise hvordan faktoren tid går igjen som en rød tråd gjennom de fleste av tilfellene hvor midlertidig ansettelse er tillat. Dette vil bringe meg over på den tredje og siste delen av oppgaven, tidsaspektet.

Oppgavens tredje del omhandler altså om hvordan lengden av en ansettelse virker inn på adgangen til bruk av midlertidige ansettelser. Under dette punktet vil jeg gjøre en særlig utgreining av arbeidsmiljølovens § 14-9 5. ledd om fireårsregelen. Denne regelen er ny for 2005-loven og begrenser hvor lenge en arbeidsgiver kan ha en arbeidstaker på midlertidig kontrakt før arbeidstakeren er å anse som fast ansatt. Denne delen av oppgaven inneholder en innføring i hva som ligger i lovteksten i dette leddet og en generell beskrivelse av det jeg vil kalle tidsaspektet i forhold til midlertidige ansettelser.

Til slutt i oppgaven vil jeg ta for meg en domsavsigelse om arbeidstakers fravær som førte til et tillegg i loven og en endring i forståelsen av lovteksten når det gjelder fireårsregelen.

1.6 Historikk

Forholdet arbeidstaker/arbeidsgiver ble først vanlig med den industrielle revolusjonen. Før det livnærte de fleste seg i primærernæringen og jobbet for seg selv eller familien. Den første lovgivningen som tok sikte på å beskytte arbeiderne og sikre deres rettigheter i Norge er fra 1892¹⁰. Med bygging av store fabrikker kom imidlertid etterspørselen etter mye arbeidskraft i byene og det ble mer vanlig å ha en arbeidsgiver utenom familien. Industriarbeidsplassene førte med seg en del nye maskiner som kunne resultere i arbeidsulykker og langtidsskader for arbeideren. Loven av 27. juni 1892 gjaldt tilsyn med arbeid i fabrikker og hovedfokuset for

¹⁰ Fougner & Holo 2006:17

denne loven var å sikre arbeiderens rettigheter ved arbeidsrelaterte ulykker og verne arbeiderne mot helseskadelige arbeidsforhold¹¹.

I arbeidervernloven av 1936 var mange flere sider av et arbeidsforhold tatt med, som for eksempel vern mot usakelig oppsigelse og rett til ferie¹². I 1956 kom det i tillegg bestemmelser om organisert vernearbeid og oppsigelsesvern for sykmeldte¹³.

Den arbeidsmiljøloven som ble vedtatt i 1977 var et resultat av omfattende revidering av de gamle lovene og både sentrale aktører fra arbeidslivet og forskningsmiljøene deltok i utformingen. Den største nyvinningen var at den nye loven inneholdt bestemmelser om psykososialt og organisatorisk arbeidsmiljø. I tillegg var det et sentralt poeng at de lokale partene i virksomhetene i fellesskap skulle kunne komme frem til løsninger¹⁴.

Gjennom EØS-avtalen var Norge forpliktet til å implementere EUs Rådsdirektiv 99/70/EF av 28. juni 1999. Direktivet er ment å skulle oppmuntre statene til å fremforhandle avtaler som vil modernisere arbeidslivet og skape fleksible arbeidsformer som gjør virksomhetene konkurransedyktige og produktive. Samtidig må en slik modernisering oppnå likevekt mellom fleksibilitet og vern¹⁵. Direktivet kan forstås slik at EU ønsket en oppmykning av reglene rundt bruk av midlertidige ansettelser. I implementeringen av direktivet, Ot. prp. nr. 64 2001-2002, finner Arbeids- og administrasjonsdepartementet at arbeidsmiljølovens § 58 A, som tilsvarende dagens § 14-9 a, tilfredsstiller kjernedelen av direktivet¹⁶.

Arbeids- og sosialdepartementet argumenterte i Ot. prp. nr. 49 2004-2005 for økt adgang til midlertidige ansettelser fordi de mente at det ville være gunstig både for arbeidsgivere, arbeidstakere og for sysselsetningen i samfunnet generelt. Stillingsvernet som beskytter de faste ansatte kan føre til at mange kvier seg for å starte opp nye bedrifter eller at nyoppstartede bedrifter ikke tør ansette å ansette for mange som de ellers ville¹⁷. Ved å gjøre

¹¹ Fougner & Holo 2006:18

¹² Fougner & Holo 2006:22

¹³ Landsorganisasjonen i Norge 2008

¹⁴ Landsorganisasjonen i Norge 2008

¹⁵ NOU 2004:5 s. 294

¹⁶ Ot.prp. nr. 64 2001-2002 s. 2

¹⁷ Jakhelln & Aune 2006:702

dette lettere å bruke midlertidige kontrakter kan man oppmuntre til oppstart av flere bedrifter, styrke norsk produksjon og skape flere arbeidsplasser¹⁸.

Departementets begrunnelse for å hevde at midlertidige ansettelser var positivt for den enkelte arbeidstaker, gikk på midlertidige ansettelser som inngangsport til arbeidslivet. Departementet viste til Aetats erfaring at midlertidige ansettelser ofte fører til faste ansettelser fordi det gir arbeidstakeren mulighet til å vise fram sine kvalifikasjoner for arbeidsgiver i praksis¹⁹. Denne påstanden blir underbygget av tallmateriale fra Aetats egne oppfølgingsundersøkelser. Også undersøkelser gjennomført av Fafo viser at så mye som 1/3 av de midlertidig ansatte går over i fast stilling allerede etter ett kvartal. Etter ett år er halvparten av de midlertidige ansatte i fast stilling og etter to år er denne andelen steget til 2/3. Det finnes også støtte for påstanden i flere internasjonale undersøkelser. I følge OECD er det i Europa gjennomsnittlig mellom 1/3 og 2/3 av de midlertidige ansatte som går over i fast jobb i løpet av to år etter at de ble ansatt midlertidig²⁰. Dette kan altså tyde på at en oppmyking av regelverket rundt midlertidige ansettelser kan føre til økt sysselsetting, som er gunstig for samfunnet.

Videre mente departementet at en slik oppmyking kunne lette tilgangen til arbeidsmarkedet for de gruppene som departementet kaller ”grupper hvor det er antatt at det er større risiko knyttet til ansettelser”²¹. Eksempler på slike grupper kan være nyutdannede, innvandrere eller midlertidig arbeidsuføre eller andre som har vært ut av arbeidslivet en periode. Disse gruppene kan ha vanskelig for å formelt dokumentere sin kompetanse og kan dermed få problemer med å konkurrere om de faste stillingene. Ved å ansette dem midlertidig kan imidlertid risikoen for arbeidsgiver minkes og disse gruppene kan få en sjanse til å vise seg fram for en arbeidsgiver reelt.

Utdanningsgruppens Hovedorganisasjon, UHO, mente at det ikke var dokumentert at midlertidige ansettelser førte til fast ansettelse for medlemmene av slike grupper som det antas større risiko med²². Undersøkelsene som hadde blitt utført var generelle og ikke gjort med henblikk på å dokumentere denne påstanden. NITO, Norges Ingeniør- og

¹⁸ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 209

¹⁹ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 208f

²⁰ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 209

²¹ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 209

²² Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 206

Teknologorganisasjon, mente at det heller ikke fantes grunnlag for å hevde at økt mulighet for midlertidig ansettelse vil øke sysselsettingen i sin helhet²³.

Drøftningen i forkant av lovrevisjonen førte imidlertid ikke til en utvidelse av adgangen til bruk av midlertidige ansettelser. Årsaken til dette var først og fremst at vi i Norge har en arbeidsstokk som stort sett består av ansatte med faste kontrakter, og det å åpne for en praksis i norsk arbeidsliv som muligens vil kunne endre det dominerende mønster av faste ansettelsesforhold vi har, er ikke ønskelig²⁴.

Dagens arbeidsmiljølov trådte i kraft 1. januar 2006. Forslaget til ny arbeidsmiljølov som ble vedtatt under regjeringen Bondevik II i juni 2005 ble endret noe av regjeringen Stoltenberg II før loven ble vedtatt. Det var flere forslag til endringer i forslaget fra 2005 som ikke ble innpasset i den nye loven. Det gjaldt blant annet forslaget om utvidet adgang til midlertidig ansettelse. Regjeringen Stoltenberg II mente at hensynet til den enkelte arbeidstakers trygghet og stabilitet var viktigere enn hensynet til arbeidsgivers behov for fleksibilitet.

Et forslag som skulle gjøre det enklere for arbeidsgivere å benytte seg av midlertidige kontrakter var Arbeidslivslovutvalgets forslag om å la arbeidsgivere ansette folk midlertidig i seks måneder.

”Flertallet i utvalget foreslår en større adgang til å benytte midlertidig ansettelse. Blant annet foreslås en generell adgang til å ansette midlertidig for en periode på 6 måneder, som kan utvides til ett år hvis det aktuelle arbeidet fortsetter ut over den avtalte periodens utløp og samme arbeidstaker benyttes til å utføre dette.”²⁵

Dette forslaget ble ikke tatt med i den endelige lovteksten²⁶. Arbeidslivslovutvalget foreslo også at formuleringen når *arbeidstakeren bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag* skulle inkluderes i loven som et unntak fra regelen om fast ansettelse²⁷. Heller ikke dette ble forslaget ble vedtatt.

Regjeringsskiftet i 2005 førte til at den endelige arbeidsmiljøloven ikke ble vedtatt med nøyaktig de formuleringene som det ble lagt opp til i forarbeidene. Det forandrer imidlertid

²³ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 207

²⁴ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 208

²⁵ Deloitte Advokatfirma DA 2004

²⁶ Ot. prp. nr. 24 2005-2006 s. 4

²⁷ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 206

ikke det faktum at forarbeidene til det opprinnelige lovforslaget ennå er tilgjengelige som rettskilde. Konsekvensen er at den endringen i lovgivningen rundt midlertidige ansettelser som Arbeidslivslovsutvalget stod for fremdeles kan legges til grunn i rettslige vurderinger.

Regjeringen Bondevik II ville med den nye arbeidsmiljøloven vedta en lett oppmykning av adgangen til å bruke midlertidige kontrakter²⁸. Selv om regjeringen Stoltenberg II tok vekk denne tiltenkte åpningen for dette fra selve lovteksten, får den første regjeringens innstilling konsekvenser for lovforståelsen. Forarbeidene blir brukt som rettskilde og det vil si at selv om den endelige loven ikke ble vedtatt med mykere regler vil domstolenes *forståelse* av lovteksten kanskje være mykere.

Når det gjelder arbeidsmiljølovens § 14-9 om midlertidig ansettelse er den i det store og hele en videreføring av tidligere rettstilstand. Derfor er rettspraksis fra før 2006 og uttalelser i forarbeid til den gamle loven fortsatt viktige rettkilder.

2.0 Arbeidets Karakter

Det første vilkåret for midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljølovens § 14-9 a er at *arbeidets karakter* tilsier at det bør kunne brukes slik ansettelsesform. Vilkaåret er først både i den forstand at det er først omtalt i lovteksten, men også fordi det ble nedfelt i lov tidligere enn det andre vilkåret om at *arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten*²⁹. Det er dermed naturlig at arbeidets karakter kommer først i denne fremstillingen også. Men som vi skal se av drøftningen er det vanskelig å trekke noen vanntette skott mellom disse vilkårene og oppdelingen i denne oppgaven må sees som en grov inndeling for oppgavens leservennlighets skyld mer enn et juridisk skille.

En midlertidig ansettelse skal være en ansettelse som er begrenset i tid³⁰. Den første loven som inneholdt en spesifikk regulering av denne siden av arbeidsmarkedet var arbeidervernloven av 1936³¹. Denne lovens § 33 slo fast at for midlertidige ansettelser gjaldt

²⁸ Fougner & Holo 2006:645

²⁹ 1977 for ”arbeidets karakter” og 1995 for ”atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten”.

³⁰ Jakhell 2004:218

³¹ Ot. prp. nr. 31 1935

ingen oppsigelsesfrist. I slike tilfeller skulle arbeidsforholdet anses som opphørt når det aktuelle arbeidet som arbeideren var ansatt for å utføre var utført.

I 1977 ble arbeidervernloven av 1956 avløst av en ny arbeidsmiljølov. Reglene for midlertidige ansettelser stod også her i bestemmelsen om oppsigelsesfrister, men i denne loven ble vilkåret for midlertidige ansettelser *arbeidets karakter* for første gang inntatt³².

Lovens formulering åpner for at både forskjeller i arbeidets type eller mengde og forskjeller i ytre omstendigheter rundt ansettelsessituasjonen kan ligge innenfor den språklige tolkningen av vilkåret³³. Hva som anses som å falle innenfor og hva som faller utenfor vilkåret kan være vanskelig å konkretisere. Derfor heter det også i lovens forarbeid odelstingsproposisjon nummer 49 2004-2005 at ”Grensen må vurderes og fastsettes konkret i det enkelte tilfellet.”³⁴

I Rt. 1985 s.1141 kommer imidlertid Høyesterett fram til at vilkåret *arbeidets karakter* må tolkes strengt.

”Bestemmelsen i § 58 nr. 7³⁵ tok sikte på å styrke oppsigelsesvernet, som jeg anser som et viktig element i arbeidsmiljøloven. Vilkaaret for å tillate tidsbegrenset ansettelse - "når arbeidets karakter tilsier det" - må i lys av dette tolkes strengt, og herunder vil uttalelser i lovens forarbeid være et viktig fortolkningsmoment.”³⁶

I forarbeidene er det lagt vekt på at dette vilkåret ikke må tolkes slik at det åpner for at man kan bruke midlertidige ansatte til å bemanne et fast behov for arbeidskraft i virksomheten og således berøve arbeidstakeren for den forutsigbarheten og stillingsvernet som arbeidsmiljøloven legger opp til at man skal ha.

Det kan kanskje virke opplagt at en midlertidig ansettelse må være tidsbegrenset da selve ordet *midlertidig* i det norske språk tilsier er slik begrensning. Hovedpoenget er imidlertid at det er midlertidigheten i *behovet* som skal vektlegges. For å kunne ansette noen på en midlertidig kontrakt må også behovet for arbeidstakeren være midlertidig³⁷. Prinsippet om at man ikke skal kunne bemanne faste behov med midlertidige kontrakter er til stor beskyttelse for den enkelte arbeidstaker fordi det hindrer en arbeidsgiver i å kunne kvitte seg med en

³² Ot. prp. nr. 41 1975-1976

³³ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 202

³⁴ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 202

³⁵ Viser til den opphevede arbeidsmiljøloven av 1977

³⁶ Rt. 1985 s. 1147

³⁷ Fougner & Holo 2006:656

ansatt for så å ansette en ny person i nøyaktig samme stilling. Det gir den ansatte den nødvendige jobbtryggheten og beskytter arbeidstakeren fra å være nødt til å reforhandle stillingen sin hvert halvår.

Adgangen til midlertidige ansettelser reguleres imidlertid ikke kun av at behovet for arbeidskraft er midlertidig. Vilåret *arbeidets karakter* rommer også andre rommer også andre lovlige tilfeller av midlertidige ansettelser som vi skal se blant annet under punkt 3.2 Tilsigelsesavtaler og punkt 3.3 om når man ikke har kvalifiserte søkere.

2.1 Avklart slutt

Et trekk ved arbeidsforholdet som gjør at det kan regnes som midlertidig, som trekkes frem både i forarbeider og tolkninger av lovteksten, er at arbeidet har en noenlunde avklart slutt³⁸. Med det menes at det er logisk og forutsigbart for begge parter når arbeidsforholdet vil opphøre. Eksempler på dette kan være et prosjektarbeid eller arbeid i høytider eller andre sesonger med økt arbeidsmengde.

Ofte er arbeidets tidsmessige begrensning en del av stillingstittelen i slike sammenhenger. Dersom man er ansatt med stillingstittelen julehjelp vil man sannsynligvis ikke forvente at arbeidsforholdet skal vare langt inn i januar. Er man ansatt som jordbærplukker i Norge vil man sannsynligvis heller ikke forvente seg en helårsstilling.

I lovteksten heter det at det er tillatt med midlertidige ansettelser dersom det er en karakter ved arbeidet eller arbeidsforholdet som tilsier at det er nødvendig og naturlig å bruke en midlertidig ansettelse. At arbeidet har en avklart forutsigbar slutt må kunne regnes som en slik karakter ved arbeidsforholdet. Dette er et av de fremste, viktigste trekkene ved en midlertidig ansettelse. Har en midlertidig ansettelse vært forlenget flere ganger tyder det på at det er et fast behov³⁹.

Formuleringen *avklart slutt* finner vi både i forarbeidene til arbeidsmiljøloven⁴⁰ og i forarbeidene til tjenestemannsloven. I forarbeidene til tjenestemannsloven står det at et bestemt

³⁸ NOU 2004:5 s. 299, Fougner & Holo 2006:650ff, Jakhelln & Aune 2006:704

³⁹ Jakhelln 2004:221

⁴⁰ NOU 2004:5 s. 299

oppdrag eller prosjekt skal ha en noenlunde avklart slutt for å kunne regnes som et oppdrag eller prosjektarbeid⁴¹. Det ligger i formuleringen ”avklart slutt” at et midlertidig arbeidsforhold må være tidsbegrenset⁴².

I følge Jakhelln 2004 var det nettopp slike tidsbegrensede stillinger unntaksregelen § 14-9 er ment å skulle tillate⁴³. Under arbeidet med lovrevisjonen av 1995 ble det lagt vekt på at man måtte komme fram til en formulering som ikke forhindret arbeidsgivere fra å benytte midlertidige kontrakter i arbeidsforhold hvor det opplagt var nødvendig. Som det het seg i Ot. forh. 1994-1995 s. 32f er det vel ”ingen som mener at julenissen skal gå rundt hele året.”⁴⁴

En sentral dom som omhandler dette er den såkalte minerydderdommen av 2001⁴⁵. Dommen omhandler en mann som var ansatt på ett års midlertidig kontrakt hos Norsk Folkehjelp som minerydder. Kontrakten ble forlenget med et halvår ved to anledninger. Da gjaldt det ikke arbeid direkte for Norsk Folkehjelp, men utlån til FN. Etter at FN sendte brev om at de ikke lenger anså mannen som kvalifisert fikk han beskjed av Norsk Folkehjelp om at hans kontrakt ikke ville bli fornyet.

Mannen mente at hans midlertidige ansettelse var lovstridig blant annet fordi minerydding ligger innefor den typen arbeid Norsk Folkehjelp ordinært utfører og la ned påstand om at arbeidsforholdet mellom han selv og Norsk Folkehjelp bestod. Oslo byrett ga mannen medhold i denne påstanden. I ankesaken i Borgarting Lagmannsrett ble imidlertid resultatet motsatt.

Høyesterett kom fram til at Norsk Folkehjelp hadde anledning til å ansette folk på midlertidige kontrakter fra oppdrag til oppdrag. Hoveddommeren uttaler

”Jeg ser det slik at den internasjonale mineryddingsvirksomhet som skjer i Norsk Folkehjelps regi, har særtrekk som begrunner et unntak etter nevnte bestemmelse. Mineryddingen har det til felles med annet internasjonalt bistandsarbeid at den etter sitt formål er midlertidig.”

Formålet med minerydding er å fjerne alle minene fra et bestemt område. Det er ingenting som tilsier at det vil tilkomme nye miner i et slikt område fordi minerydding ikke vil iverksettes dersom det foreligger en slik risiko. Mineryddingen har altså en avklart slutt.

⁴¹ Ot. prp. nr. 72 1981-1982

⁴² Jakhelln 2004:221

⁴³ Jakhelln 2004:221

⁴⁴ Jakhelln 2004:221

⁴⁵ Rt. 2001 s. 1413

I tillegg til at et mineryddingsoppdrag etter sitt formål er å betrakte som midlertidig, har det en markert del med opplæring av lokalt mannskap for utfasing av det eksterne. Denne delen er sentral i mineryddingen fordi slikt arbeid er dyrt, og dersom de økonomiske midlene skal strekke til må lokale krefter overta.

”Jeg understreker at det er en forutsetning for bidragsyternes økonomiske ytelser til Norsk Folkehjelp at de internasjonale bistandsarbeidere skal gjøre seg selv overflødige gjennom en utfasing. Det er vesentlig mer kostbart å finansiere en internasjonal bistandsarbeider enn å gi støtte til lokale tiltak.”

Til dette anførte arbeidstakeren at selv om den konkrete mineryddingsoppgaven var utført, ville han fremdeles være tilknyttet Norsk Folkehjelp og ha krav på å bli overført til et annet oppdrag. Høyesterett delte ikke dette synet da en minerydder ikke nødvendigvis vil være kvalifisert til et annet mineryddingsoppdrag et annet sted i verden selv om han har jobbet som minerydder tidligere. Til det kan geografiske og kulturelle forskjeller være for store.

2.2 Tilsigelsesavtaler

Tilsigelsesavtaler er avtaler om at en bedrift kan kontakte en arbeidstaker når bedriften har behov for arbeidskraft i en kortvarig periode. I dagligtale kaller man ofte ansatte som går på slike kontrakter for ekstrahjelp, tilkallingshjelp eller ringehjelp.

De fleste som jobber på slike kontrakter gjør det for å tjene en ekstrainntekt ved siden av en annen heltidssyssel. Typisk eksempel på dette er studenter som har en jobb ved siden av studiene for å spe på studielånet. Det at arbeidstakeren har en annen inntekt betyr imidlertid ikke at han ikke er avhengig av sin arbeidsinntekt og har regnet med denne. Med andre ord kan det å plutselig ikke lenger bli tilkalt ha store konsekvenser for en slik arbeidstaker selv om han har en annen inntekt. Derfor er det ingenting som tilsier at ikke slike ansatte skal ha rett på den samme trygghet og forutsigbarhet som andre ansatte.

Arbeidsmiljølovens § 14-9 regulerer ikke slike ansettelser spesifikt og spørsmålet om det er greit å begrense slike ansettelser i tid blir da gjenstand for en tolkning av § 14-9 a⁴⁶. Det som er særlig problematisk når man skal foreta en slik vurdering er om hver enkelt arbeidsperiode

⁴⁶ Jakhelln 2004:224

er å anse som et separat arbeidsforhold eller om alle slike perioder sammen skal betraktes som et langvarig arbeidsforhold.

Selv om disse ansatte bare jobber innimellom og ikke har noen fast stillingsbrøk, er det ingenting som tilsier at ikke ansettelsen kan være fast. Selv om behovet for slik hjelp kan variere i en bedrift kan det være et konstant behov for en viss grad av tilkalt hjelp. Med andre ord; dersom det er et konstant behov for å ha noen man kan ringe til ved sykdom⁴⁷ og lignende, er det at behovet er konstant det som skal vektlegges, ikke at behovet varierer i styrke. Det at en tilkallingskontrakt ofte ikke innbærer noen forpliktelse for arbeidstaker for å si ja til vakter har ifølge Jakhelln ikke vært vektlagt av Høyesterett⁴⁸.

Lovteksten antyder at det her må legges vekt på det faktiske arbeidsforholdets karakter i hvert enkelt tilfelle. Dersom arbeidsforholdet har vart over en viss periode og ekstrahjelpen jobber rimelig frekvent er det grunn til å mene at den ansatte bør gis fast kontrakt. Dette fordi det har dannet seg et mønster som kan gi arbeidstakeren grunn til å forvente at han blir tilkalt i fremtiden også. Dreier det seg derimot om flere enkeltstående, sporadiske oppdrag hvor den ansatte inngår ny kontrakt for hver gang er det forhold som ikke gir arbeidstakeren grunn til de samme forventninger om fremtidig arbeid.

Tilstandsbeskrivelsen i kapittel 3 i arbeidsmiljølovens forarbeid Odelstingsproposisjon nummer 49 2004-2005 viser at den største gruppen midlertidig ansatte er vikarer. For å regnes som vikar er det gjerne et krav at man skal erstatte en navngitt ansatt for en periode⁴⁹. En annen stor gruppe blant de midlertidige ansatte er ekstrahjelpen. Selv om ekstrahjelpene ofte trer inn ved sykdommer, fyller de ikke nødvendigvis en fast stilling som egentlig tilhører noen andre.

Det er et hovedpoeng med kontrakt som ekstrahjelp at den ansatte ikke har noe fast arbeid eller arbeidstid. Det er arbeidsgivers behov som regulerer tilbudet om arbeid. Ekstrahjelpen selv står imidlertid fritt til å velge om han vil akseptere tilbudet eller ikke. Den ansatte er altså ikke forpliktet til å ta imot jobb. Hvorvidt det foreligger noen plikt for arbeidsgiver til å tilby den ansatte mer arbeid kommer an på hvilken avtale partene har gjort. Dersom avtalen er at

⁴⁷ Jakhelln 2004:224

⁴⁸ Jakhelln 2004:226

⁴⁹ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 213

arbeidsgiver *kan* kontakte arbeidstaker for å få utført arbeid i fremtiden har han ikke noen plikt til å gjøre det. Har de derimot avtalt at arbeidsgiver *skal* kontakte arbeidstaker dersom det oppstår et behov for arbeidskraft, har arbeidsgiver påtatt seg en forpliktelse⁵⁰. Dette får konsekvenser for hvorvidt et arbeidsforhold bør være fast eller ikke. Den siste typen antyder at denne ene ansatte har prioritet i forhold til å jobbe i bedriften ved ekstra behov og at det er en situasjon som gjentar seg. Det antyder at arbeidsforholdet bør gjøres fast.

I Rt. 2005 side 826 kom Høyesterett frem til at en mann som hadde vært ansatt som ekstrahjelp på midlertidig kontrakt hadde krav på å bli regnet som fast ansatt blant annet på bakgrunn av hvor mye og hvor ofte han hadde jobbet. Mannen hadde jobbet mer eller mindre fast, så å si hver dag i lengre perioder uten at han ble tilkalt for hver gang. Dermed ble han brukt til å fylle et fast behov i bedriften og skulle vært fast ansatt.

Høyesterett bemerket at kontrakten til mannen i utgangspunktet ikke tilsa at han var ansatt midlertidig. Kontrakten hans var ikke påført noen utløpsdato. I rubrikken for ansettelsesforholdets varighet var det bare fylt inn ”etter behov”. Kontrakten var gjennom denne formuleringen imidlertid regulert på en slik måte at det var opp til arbeidsgiver alene å si hvor lenge arbeidstakeren ville ha jobb ettersom det var arbeidsgiverens behov som skulle tas i betraktning når man vurderte varigheten på kontrakten. Det ga ikke arbeidstakeren den sikkerheten og forutsigbarheten som loven er ment å skulle gi og Høyesterett fant dermed at de kunne sidestille en slik kontrakt med en midlertidig kontrakt på dette grunnlaget⁵¹.

2.3 Ikke kvalifisert

I noen tilfeller hvor man søker ansatte til en stilling med spesielle krav til kompetanse kan det hende at man ikke får noen søkere som oppfyller disse kravene. Hvis det dreier seg om en stilling som må bemannes kan det være aktuelt å ansette noen som ikke er formelt kvalifiserte for stillingen for å unngå at arbeid hopper seg opp eller at ansatte blir gående uten sjef. Gjør man det, kan det være aktuelt å ansette arbeidstakeren på en midlertidig kontrakt slik at han kan sies opp dersom det skulle komme kvalifiserte søkere.

⁵⁰ Jakhelln 2004:225

⁵¹ Rt. 2005 s. 830

Spørsmålet blir om denne praksisen er tillatt eller om den vil være i strid med arbeidstakers krav på sikkerhet og forutsigbarhet. Kan man ansette noen ukvalifiserte midlertidig? Kan man i et slikt tilfelle si at fordi den ansatte ikke egentlig er kvalifisert for arbeidet, er arbeidets karakter slik at man bør få ansette midlertidig? Eller er det her egentlig trekk ved den ansatte, ikke stillingen, som er til hinder for fast ansettelse og da kommer ikke vilkåret om arbeidets karakter til anvendelse?

Til tross for Arbeidslivslovsutvalgets anbefaling, ble en regulering av adgangen til bruk av midlertidige kontrakter når man mangler kvalifiserte søkere ikke inntatt i den nye arbeidsmiljøloven. Universitets- og høyskoleloven har imidlertid en egen paragraf som regulerer nettopp slike forhold.

”§ 6-5. Midlertidig ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger

(1) Dersom det til fast undervisnings- og forskerstilling ved en høyere utdanningsinstitusjon ikke har meldt seg søker som etter fastsatte vilkår eller ansettelsesmyndighetens vurdering er klart kvalifisert for fast ansettelse, og det ikke er sannsynlig at kvalifisert søker vil melde seg ved ny kunngjøring, kan likevel en søker ansettes for begrenset tid når:

- a) muligheten for tidsbegrenset ansettelse er nevnt i kunngjøringen, og
- b) vedkommende, etter ansettelsesmyndighetens vurdering, har forutsetninger for å skaffe seg de nødvendige kvalifikasjoner i løpet av ansettelsesperioden.”⁵²

Ved slike ansettelser sier denne loven videre at ansettelsesperioden ikke må vare lengre enn tre år. Når tre år er gått, har den midlertidige ansatte krav på å bli vurdert for den faste stillingen før den kunngjøres på ny.

Som alternativ til å ansette noen på en midlertidig kontrakt i en stilling de i utgangspunktet ikke er kvalifisert for, åpner Universitets- og høyskoleloven også for at man kan opprette en midlertidig stilling som vedkommende vil tilfredsstille kompetansekravene til. Denne kan vare i opp til tre år og seks måneder

Også opplæringsloven har egen hjemmel som muliggjør å ansette ukvalifisert personell i midlertidige stillinger i situasjoner der man ikke har kvalifiserte søkere til en stilling. Denne loven regulerer forhold i grunnskolen og det er derfor naturlig satt en frist lik slutten på et skoleår for når en slik midlertidig stilling skal opphøre.

⁵² Lov om universiteter og høyskoler nr 15 2005

”§ 10-6. Mellombels tilsetjing

Dersom det ikkje er søkjarar som fyller dei kompetansekrava som er fastsette i denne lova, kan andre tilsetjast mellombels. Med mindre det er avtalt ein kortare tilsetjingsperiode, skal tilsetjinga vare til og med 31. juli.”⁵³

Selv om man kan tenke seg tilfeller der man kunne komme i en lignende situasjon i andre sammenhenger enn de som omfattes av opplæringsloven, er denne loven en særlov som ikke kan gjøres gjeldende for ansettelsesforhold som ikke er en del av grunnskoleopplæringen. Resultatet er dermed at det i stor grad er forarbeidene og rettspraksis som må legges til grunn når man skal bedømme lovligheten av en slik ansettelse. Det eneste man kan konkludere med ut ifra lovteksten er at denne i det minste ikke forbyr slike ansettelser og dermed ikke i seg selv er til hinder for det⁵⁴.

I Ot. prp nr. 49 2004-2005 bemerkes det at høringsinstansene i liten grad kommenterte Arbeidslivslovutvalgets forslag om egen hjemmel for Kongen til å fastsette forskrift om adgang til midlertidig ansettelse for arbeidstaker som ikke er formelt kvalifisert til jobben⁵⁵. Kommunenes Sentralforbund (KS) ga imidlertid uttrykk for at det var ønskelig at denne adgangen ble regulert særskilt. Dette spesielt fordi det i det offentlige finnes stillinger hvor noen kvalifikasjonskrav er lovpålagte. Dette gjør det naturligvis mye vanskeligere for en arbeidsgiver å lempe på disse kravene i en situasjon hvor man ikke har kvalifiserte søkere.

”KS anfører i sin høringsuttalelse at det er nødvendig med en klar hjemmel i loven for midlertidig ansettelse av arbeidstaker som ikke fyller nødvendige kvalifikasjonskrav i påvente av at arbeidsgiver får rekruttert personell med nødvendig kompetanse. KS foreslår at det innføres en direkte hjemmel for midlertidig ansettelse i alle stillinger hvor det gjelder lovbestemte krav til formell kompetanse og hvor det gjelder kompetansekrav i henhold til bemanningsplaner. KS understreker at det særlig i offentlig sektor er behov for å kunne ansette midlertidig i påvente av at arbeidsgiver får rekruttert personell med nødvendig kompetanse.”⁵⁶

Dette resulterte i en anbefaling i Innst. O. nr. 100 2004-2005⁵⁷ om at slike forhold måtte reguleres i form av en egen omtale i arbeidsmiljølovens § 14-9 d. Her skulle det også sondres

⁵³ Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa av 1998

⁵⁴ Jakhelln 2004:223

⁵⁵ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 205

⁵⁶ Ot. Prp. Nr. 49 2004-2005 s. 205f

⁵⁷ Innst. O nr. 100 2004-2005 s. 39

mellom de nevnte lovbestemte kvalifikasjonskrav og krav som arbeidsgiver selv hadde pålagt seg. Sistnevnte skulle ikke gi adgang til bruk av midlertidig ansettelse.

Det er spesielt to dommer som er relevante i sammenheng med spørsmål om denne typen midlertidige ansettelser, Rt. 1991 s. 872 og Rt. 1985 s. 1141.

Den førstnevnte av disse omhandlet en hjelpepleier som i løpet av 12 år hadde vært midlertidig ansatt i diverse lederposisjoner i samme foretak. Hun søkte fast ansettelse i den stillingen hun hadde vært midlertidig ansatt i, men søknaden ble avslått. Da en annen arbeidssøker ble ansatt i den stillingen, måtte hun igjen gå over i hjelpepleierstilling. Arbeidsgiver forsvarte midlertidigheten med at arbeidstakeren ikke var formelt kvalifisert for stillingene hun hadde hatt. I denne saken kom Høyesterett fram til at hjelpepleieren var å anse som fast ansatt i den lederposisjonen hun hadde tjenestegjort i og at det å sette henne tilbake i hjelpepleierstillingen var å anse som en usaklig oppsigelse.

Dette unntaket åpner ikke for at man kan ansette noen midlertidig ved å sette urealistiske krav til stillingen. I et slikt tilfelle vil man kunne si at det er arbeidsgiveren selv som forårsaker at han ikke får de søkerne han har sett for seg til stillingen, og dette skal tas med i vurderingen av lovligheten av en midlertidig ansettelse. Videre skal det tas hensyn til om arbeidstakeren kunne ha blitt kvalifisert ved arbeidstakers hjelp, for eksempel ved å bli sendt på kurs og etterutdanning i arbeidsgivers regi, eller om arbeidstaker ved å inneha stillingen har blitt kvalifisert til stillingen.

I Rt. 1991 s. 872 anførte Høyesterett at de kvalifikasjonskravene til stillingen som arbeidsgiver hadde oppstilt var urealistiske og at hjelpepleieren var godt nok kvalifisert for den aktuelle lederstillingen.

”For øvrig var arbeidsgivers interesse ivaretatt ved de kvalifikasjoner A ervervet seg gjennom tilleggsutdanning, langvarig praksis og den kontinuitet hun representerte, en kontinuitet som er av særlig betydning i forhold til beboerne. Etter at hun i tolv år hadde fungert i stilling som avdelingsleder og assisterende avdelingsleder, kan fylkeskommunen ikke høres med at arbeidets karakter tilsier at hun ikke kan inneha slike stillinger”⁵⁸

⁵⁸ Rt. 1991 s. 873

I siste innstans mente også Høyesterett at det måtte være grenser for hvor lenge man kunne ha anledning til å holde noen på en midlertidig kontrakt og at tolv år, som det dreide seg om i dette tilfellet, utvilsomt var for mye.

En annen sak blir det dersom det er så stor forskjell på den kompetanse man forventer av en ansatt i en slik stilling og utdanningsnivået til den midlertidige ansatte at det ikke er mulig å videreutdanne på arbeidsplassen. I et slikt tilfelle må ansettelsen nødvendigvis bli midlertidig fordi man ellers effektivt har forandret stillingsbeskrivelsen.

I Rt. 1985 s. 1141 dreide det seg om en gruppe aktivitører som var ansatt i stedet for ergoterapeuter på et fylkeskommunalt sykehus. I dette tilfellet kom Høyesterett frem til at det var greit å ansette dem på midlertidige kontrakter i en slik situasjon. Årsaken var at det ville gå hardt utover brukerne dersom disse stillingene forble ubesatte. Men det ville også ramme brukerne om man ikke fikk inn den nødvendige kompetanse på et senere tidspunkt. Å ansette aktivitører på faste kontrakter kunne føre til at det ble vanskelig å ansette kvalifiserte når de kom fordi det da ikke var noen ledige stillinger. I denne dommen måtte hensynet til brukerne av sykehuset gå foran hensynet til aktivitørenes sikkerhet og forutsigbarhet i jobben. Det kan indikere at det kan være tillatt med midlertidige ansettelser dersom det vil få uheldige konsekvenser for en tredje part, altså ikke arbeidsgiver eller arbeidstaker, dersom en stilling blir gjort fast.

2.4 Vurdering av opprettelse av stilling

Er det adgang til å ansette noen på midlertidig kontrakt dersom det er snakk om en stilling som vurderes opprettet? Som arbeidsgiver kan man ha behov å se om det virkelig er bruk for stillingen og om den fungerer slik som man har forutsatt. Det ville kunne oppfattes som urimelig at man skulle måtte ansette noen fast i et slikt tilfelle. Dette fordi det ville medføre at man måtte finne en annen stilling til den aktuelle arbeidstakeren dersom den første stillingen ikke ble opprettet fast. At det ble veldig stor risiko knyttet til det å opprette nye stillinger er ikke gunstig for den generelle utviklingen av arbeidsmarkedet og en slik midlertidig stilling kunne gi en arbeidstaker muligheten til å vise fram sin kompetanse og skape et behov for sin egen arbeidskraft, som er et mål i lovens forarbeid⁵⁹.

⁵⁹ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 208f

Ansettelse av arbeidstakere i stillinger som vurderes opprettet er ikke direkte omtalt i lovteksten. Hvis det skal være lovlig må det dermed falle inn under formuleringen *arbeidets karakter*.

Det finnes imidlertid lovtekst som omhandler dette i en annen lov. Tjenestemannsloven inneholder et tydelig unntak fra regelen om fast ansettelse i tilfeller hvor man ikke er riktig sikker på om man har behov for ekstra arbeidskraft eller ikke. Dette unntaket finner vi i denne lovens § 3 nr. 2.

”Tjenestemann skal tilsettes fast, medmindre:

- a. Tjenestemannen trengs bare for et bestemt tidsrom eller for å utføre et bestemt oppdrag.
- b. Arbeidet ennå ikke er fast organisert og det derfor er usikkert hvilke tjenestemenn som trengs.”⁶⁰

At slike tilfeller er regulert i tjenestemannsloven skyldes at denne loven regulerer ansettelsesforhold ved universiteter, høyskoler og lignende. I forbindelse med forskning eller undervisning kan man ha bruk for å vurdere arbeidskraftsbehovet fortløpende. Dersom det dreier seg om arbeid av en karakter man har liten eller ingen erfaring med, vil det kunne være vanskelig å vite hvor mange ansatte i forskjellige stillinger man vil få bruk for. Lovhjemmelen fra tjenestemannsloven lar seg ikke umiddelbart overføres til arbeidsforhold som ikke gjelder tjenestemenn⁶¹.

Det kan imidlertid godt tenkes situasjoner i det private arbeidsliv hvor man ikke har full oversikt over hvor mange ansatte man kommer til å få bruk for. Det kan dreie seg om nye avdelinger ved allerede eksisterende bedrifter, arbeid som man ikke har erfaring med eller opprettelse av nye bedrifter. I slike sammenhenger, hvor det vil være vanskelig å anslå antall arbeidstakere, kan det bli urimelig tungt for en arbeidsgiver dersom det avkreves bedriften at alle ansatte må være på faste kontrakter. Det kan i siste innstans føre til at en bedrift vegrer seg for å ansette nye folk og det er ikke til fordel for arbeidsmarkedet som helhet eller den enkelte arbeidstaker⁶².

Iht. Odelstingsproposisjon nummer 49 2004-2005 er det at det er et permanent behov for arbeidstakeren en begrensning på adgangen til å bruke midlertidig kontrakt⁶³. Motsatt vil dette

⁶⁰ Lov om statens tjenestemenn m.m. av 1983 § 3 nr. 2

⁶¹ Jakhell & Aune 2006:705

⁶² NOU 2004:5 s. 298

⁶³ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 214

altså kunne tyde på at i slike tilfeller, hvor man nettopp har til hensikt å finne ut om det er et vedvarende behov for økt bemanning, vil det kunne være tillatt med midlertidig ansettelse i en periode. I et slikt tilfelle må imidlertid varigheten av denne midlertidige ansettelsen ikke overskyte den tid man finner rimelig for å kunne avklare spørsmålet om økning i den permanente grunnbemanningen. Med andre ord vil det her også bli nødvendig med en særskilt vurdering av det enkelte tilfellet for å avgjøre hensikten med midlertidigheten. Dersom man holder den ansatte på midlertidig kontrakt urimelig lenge, vil det kunne tyde på at man misbruker denne adgangen til midlertidig ansettelse for å slippe unna de forpliktelser som kommer med fast ansettelse.

HSH understreket i forarbeidene at man, ved å ansette for mange på fast kontrakt i en oppstartsfase, vil kunne ende med å kjøre seg selv konkurs på grunn av for høye lønnskostnader i forhold til inntjening. HSH mente at dette kunne avhjelpes med en generell adgang til å ansette noen midlertidig i opp til 12 måneder.

”HSH støtter flertallets forslag, men mener at det reelle behovet for kortidsansettelser hyppigst vil være utover seks måneder og foreslår at perioden utvides til 12 måneder. HSH viser til at en slik regel vil dekke et reelt behov innenfor mange bransjer, eksempelvis ved nyetableringer der arbeidsgiver ikke med sikkerhet vet hvor stort behovet for arbeidskraft vil være. Det vises til eksempler fra nyetableringer i apotekerbransjen der arbeidsgiver har måttet gå til bemanningsreduksjoner etter kort tid på grunn av manglende inntjening. Etter HSHs mening bør retten til et oppsigelsesvern tilsvarende fast ansatte, først inntre når arbeidstaker har vært midlertidig ansatt i til sammen 18 måneder over en periode på tre år.”⁶⁴

Også i NOU 2004:5 bemerkes det under overskriften *Hensynet til virksomhetene* at det ved nyetablering av virksomhet ofte kan være vanskelig å avgjøre på forhånd hvor stor oppdragsmengde man kan forvente og derigjennom hvor mange ansatte man vil få bruk for⁶⁵. Det forutsettes videre at arbeidsgivere i en slik situasjon vil kunne være tilbakeholdne med å ansette medarbeidere før driften har stabilisert seg og at man ved en generell oppmykning av kravene til midlertidig ansettelse vil kunne åpne arbeidsmarkedet for flere.

I og med at det i verken lovteksten eller forarbeidene gis noe klart svar på om det er adgang til å bruke midlertidige ansettelser under slike forhold som her beskrevet, kunne man lett tenke

⁶⁴ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 207

⁶⁵ NOU 2004:5 s. 296

at dette var et spørsmål som i det store og hele var uavklart i norsk rett. Det er imidlertid ikke tilfelle. Høyesteretts Kjæremålsutvalg valgte nemlig ved å stadfeste en dom fra Borgarting Lagmannsrett og gjennom det sitt syn på dette temaet⁶⁶. I og med at kjæremålsutvalget kom fram til at lagmannsrettens kjennelse stod seg, har jeg i det følgende tatt utgangspunkt i denne som har saksnummer LB 2005-094118⁶⁷.

Den ansatte i dette tilfellet hadde i desember 2003 inngått arbeidsavtale med Norsk Arbeidsmandsforbund. Ifølge avtalen var arbeidsforholdet midlertidig og varte fra 5. januar 2004 til 1. juli 2004. Arbeidsforholdet ble siden forlenget tre ganger slik at den ansatte til sammen jobbet frem til den 1. desember 2004. I september 2004 lyste arbeidsgiveren ut en ledig stilling som organisasjonssekretær. Den nevnte midlertidige ansatte søkte på stillingen, men fikk den ikke. Dette fikk hun beskjed om per brev hvor det også fremgikk at den midlertidige arbeidsavtalen var utløpt samme dag. Den ansatte mente at hun hadde krav på den utlyste stillingen i og med at hun allerede var ansatt i firmaet og at de ikke hadde anledning til å holde henne på midlertidig kontrakt mens de vurderte om de skulle opprette ”hennes” stilling fast. Borgarting lagmannsrett bemerket følgende:

”lagmannsretten [vil] bemerke at det fremgår av saken at forbundet sommeren og høsten 2004 vurderte om det skulle opprettes en ny stilling i den avdeling A var midlertidig ansatt i. [...] På grunn av den tid denne prosessen tok og fordi det fortsatt var behov for arbeidskraft ble arbeidsforholdet til A forlenget. A søkte på den nyopprettede stillingen, men fikk den ikke. [...]

Etter lagmannsrettens syn må det legges til grunn at den nevnte prosess ikke var uforsvarlig lang og under ingen omstendigheter av en slik karakter at den midlertidige ansettelsen av A samlet sett var i strid med bestemmelsen i arbeidsmiljøloven §58 A bokstav a.”⁶⁸

Med dette stadfestet lagmannsretten, og senere Høyesteretts kjæremålsutvalg, at loven kan forstås slik at det er en adgang til å bruke midlertidig kontrakt mens man vurderer hvorvidt man skal opprette en stilling eller ikke.

En slik mulighet kunne imidlertid misbrukes dersom en arbeidsgiver bruker for lang tid på å vurdere dette behovet. Det kan også tenkes en situasjon der behovet for stillingen forsvinner under prøvetiden. Dersom man vurderer en ekstra stilling, for eksempel en

⁶⁶ Rt. 2005 s. 1398

⁶⁷ Borgarting lagmannsretts kjennelse i sak nr. 05-094118KSI-BORG/04

⁶⁸ LB-2005-94118

saksbehandlerstilling fordi saksmengden har hopet seg opp, vil en midlertidig ansatt kunne ta unna den opphopede saksmengden slik at behovet for en ekstra ansatt vil forsvinne. Hvor går grensen for hvor lenge man kan ha en arbeidstaker ansatt under slike forutsetninger? Her er det ikke snakk om en sesongmessig svingning (se punkt 3.2), og det er jo ikke noen naturlig avgrensning av oppgaven dersom det kommer til nye saker som den midlertidige ansatte tar unna for å hjelpe arbeidsplassen med å komme à jour.

Svaret må bli en vurdering i det enkelte tilfellet. Som det fremgår av den ovenfor siterte dommen fra Borgarting Lagmannsrett, var det lagt vekt på at arbeidsgiver i dette tilfellet ikke ble ansett som å ha brukt uforsvarlig lang tid. Arbeidstakeren hadde vært midlertidig ansatt i rundt et år på tre forskjellige kontrakter. Det betyr imidlertid ikke at en hver slik sak hvor arbeidstakeren ikke har vært ansatt i mer enn et år nødvendigvis vil få samme utfall da det beror på en helhetsvurdering.

2.5 Midlertidig arbeidsplass/begrenset bevilgning

Det skilles mellom at arbeidet er midlertidig og at arbeidsplassen er midlertidig.

Arbeidsplassen viser her til den virksomheten man er ansatt i, ikke nødvendigvis den fysiske arbeidsstedet eller den faktiske oppgaven man utfører. Dersom man blir overflødig på en arbeidsplass fordi det ikke lenger er behov for den jobben man var ansatt for å gjøre, har man i de fleste tilfeller rett til å bli omplassert til en annen arbeidsoppgave i bedriften.

Arbeidsplassen blir heller ikke borte selv om man ferdigstiller en oppgave. Hvis man jobber for eksempel som snekker ansatt i et firma, blir ikke selve arbeidsplassen borte selv om et byggeprosjekt blir ferdig. Dette kommer imidlertid an på om man er ansatt i firmaet eller ansatt på bestemt byggeprosjekt. I det siste tilfellet kan det være logisk at arbeidsplassen blir borte når bygget er ferdig. Dette grenser imidlertid opp mot ordrebasert virksomhet, som jeg vil komme tilbake til i punkt 3.4.

I statlige virksomheter kan denne problematikken komme i sammenheng med statlige bevilgninger. Hvis det er bevilget penger til en bestemt stilling vil det ofte være snakk om en bevilgning som gjelder for en bestemt tid, for eksempel fram til neste statsbudsjett, eller det vil være en størrelse på bevilgningen som naturlig begrenser hvor lenge man kan lønne noen i

den aktuelle stillingen. I en slik situasjon kan det være greit at denne stillingen ansettes midlertidig fordi man ikke vet hvor lenge man har penger til å opprettholde den⁶⁹.

Som nevnt innledningsvis kan problematikken rundt en usikker arbeidsplass eller begrensede bevilgninger særlig være aktuell i undervisnings- og forskningsstillinger. Slike ansettelser er imidlertid regulert for seg i selv i Lov om universiteter og høyskoler av 2005. I tillegg til at denne loven åpner for såkalte åremålsansettelser for visse yrkesgrupper innenfor utdanning og forskning, har den også en egen regulering av adgangen til midlertidige ansettelser.

”§ 6-5. Midlertidig ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger

(1) Dersom det til fast undervisnings- og forskerstilling ved en høyere utdanningsinstitusjon ikke har meldt seg søker som etter fastsatte vilkår eller ansettelsesmyndighetens vurdering er klart kvalifisert for fast ansettelse, og det ikke er sannsynlig at kvalifisert søker vil melde seg ved ny kunngjøring, kan likevel en søker ansettes for begrenset tid når:

- a) muligheten for tidsbegrenset ansettelse er nevnt i kunngjøringen, og
- b) vedkommende, etter ansettelsesmyndighetens vurdering, har forutsetninger for å skaffe seg de nødvendige kvalifikasjoner i løpet av ansettelsesperioden.”⁷⁰

Paragrafen inneholder i tillegg en begrensning på ansettelsesperioden på tre år. I tilfeller som rammes av denne lovteksten, hvor det blir besluttet å opprette en fast stilling, har den midlertidige ansatte krav på å bli vurdert for den faste stillingen før den utlyses.

En årsak til at en arbeidsplass kan forvinne er at man har opprettet en gruppe eller et organ for å utføre et bestemt arbeid eller et prosjekt. Når dette bestemte arbeidet eller prosjektet er ferdigstilt, vil arbeidsplassen naturlig nok forsvinne. I NOU 2004:5 kommer arbeidslivslovsutvalget fram til at den norske praksisen med ansettelse på åremål i slike stillinger innenfor universitet og høyskoler ikke er forenelig med EU-direktivet om midlertidig ansettelse. Arbeidslivslovsutvalget viser til den gamle universitets- og høgskoleloven av 1995 som var gjeldende lov på det tidspunktet nevnte NOU ble forfattet.

”§ 30. Utlysning av og tilsetting i undervisnings- og forskerstillinger

2. Tilsetting på åremål kan skje i undervisnings- og forskerstillinger når tjenestemannen skal delta i prosjekt.”⁷¹

⁶⁹ Norsk Tjenestemannslag 2011

⁷⁰ Lov om universiteter og høyskoler av 2005 § 6

⁷¹ Lov om universiteter og høyskoler nr. 8 1995– Opphevet

Årsaken til at denne paragrafen ble funnet å bryte med EU-direktivet var at det i direktivet heter seg at det skal kunne "stilles krav til objektive grunner for fornyelse av midlertidige ansettelsesforhold, maksimalgrenser for henholdsvis antall gjentatte midlertidige ansettelsesforhold eller samlet varighet av ansettelsesforholdet."⁷² Arbeidslivslovsutvalget fant i NOU 2004:5 at bestemmelsen i universitets- og høyskoleloven ikke stemte med noen av disse nevnte kravene og anbefalte at den ble opphevet⁷³.

I den nye universitets- og høyskoleloven er den siterte paragrafen erstattet med en liste over konkrete stillinger. Disse finnes i § 6-4.

"§ 6-4. Ansettelse på åremål

(1) Ansettelse på åremål kan benyttes for:

- a) rektor
- b) administrerende direktør
- c) prorektor
- d) leder for avdeling og grunnenhet
- e) – – –
- f) postdoktorstillinger
- g) stipendiater
- h) vitenskapelige assistenter
- i) spesialistkandidater
- j) undervisnings- og forskerstillinger når skapende eller utøvende kunstnerisk kompetanse inngår som et vesentlig element i kompetansekravet"⁷⁴

Denne paragrafen regulerer også hvor lenge man skal ha anledning til å ha noen på åremålskontrakt. Men bestemmelsen sier fremdeles ikke noe om nøyaktig hvorfor det bør være lov med åremålsansettelse i de nevnte tilfellene. I arbeidsmiljøloven er det § 14-10 som regulerer adgangen til åremålsansettelser. Der heter det at det er tillatt med åremålsansettelser av øverste leder i en virksomhet og at man kan bruke det hvis det anses som nødvendig på grunn av overenskomst med fremmed stat. Denne paragrafen inneholder ingen angivelse av hvor lenge eller hvor mange ganger man kan ansette noen i åremålsstilling.

Det kan være vanskelig å skille mellom en midlertidig stilling og en midlertidig arbeidsplass. Et eksempel som illustrerer dette er Rt. 1992 s. 729. Saken omhandlet en bibliotekar ved en

⁷² NOU 2004:5 s. 305, Ot. prp. nr. 64 2001-2002 s. 10

⁷³ NOU 2004:5 s. 305

⁷⁴ Lov om universiteter og høyskoler nr. 15 2005

privatskole som ble ansatt midlertidig på ettårskontrakt. Den midlertidige ansettelsen ble forsvart av arbeidsgiver med at elevtallet kunne svinge fra år til år. Da dette avgjorde om de skulle ha bibliotekar eller ikke, måtte ansettelsen kunne tilpasses gjennom midlertidige kontrakter. Høyesterett mente at det ikke var god nok grunn, fordi en nedgang i elevtallet ville gi saklig grunn til permittering og oppsigelse, og siterte følgende fra lagmannsrettens kjennelse:

”Det innses at den raske endring av elevtallet også gjør det nødvendig å kunne endre antallet av funksjonærer, særlig lærere. Men det kan ikke innses at dette gjør det nødvendig med ettårige kontrakter, idet en innskrenkning av virksomheten på grunn av færre elever vil kunne gi saklig grunn til oppsigelse. I hovedsak er skolen en permanent institusjon, og arbeidet ved den er av varig karakter.”⁷⁵

Dermed mente retten at det ikke var noen ting ved arbeidets karakter som tilsa en midlertidig ansettelse.

Hva som ligger i uttrykket midlertidig arbeidsplass kan være vanskelig å definere. Gulating lagmannsrett kom i 2009, i saken LG-2008-064820, frem til at en arbeidsplass kan regnes som midlertidig når den består av et særskilt utskilt prosjekt, og reiser behov for kompetanse hos de ansatte som selskapet ellers ikke vil ha bruk for. Den saksøkte hadde benyttet innleid arbeidskraft fra et bemanningsbyrå til et prosjekt for å gjenåpne en oljeboringsinstallasjon. Gjenåpningsarbeidet var begrenset i tid og skilte seg klart fra det arbeidet som ville bli utført på installasjonen når den ble åpnet.

”En bygge- eller anleggsfase på kontinentalsokkelen av innretninger til bruk i oljeutvinningssammenheng stiller andre krav til medarbeideres kompetanse, enn en driftsfase. Dette endres ikke om en person som har kvalifikasjoner etterspurt i den ene fasen, vil kunne omskoleres til også å kunne arbeide i den andre fasen.”⁷⁶

Dermed kom lagmannsretten fram til at prosjektet i seg selv kunne regnes som arbeidsplassen, ikke firmaet bak prosjektet. Lagmannretten kom imidlertid også fram til at det arbeidet arbeidstakeren i dette tilfellet utførte skilte seg fra det arbeidet som normalt ble utført i bedriften. Selv om bedriften hadde sin virksomhet innenfor det samme feltet var prosjektet unikt i sin karakter både for bedriften og for den bransjen de drev innenfor.

⁷⁵ Rt. 1992 s. 729

⁷⁶ LG-2008-064820

3.0 Arbeid som skiller seg fra det som ordinært utføres

Vilkåret om at midlertidig ansettelse er tillatt dersom *arbeidet skiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften* ble tilføyd arbeidsmiljøloven av 1977s § 58 a i 1995 av

kommunalkomiteen. Denne tilføyelsen ble gjort for å avgrense den skjønnsmessige vurderingen av vilkåret *arbeidets karakter*⁷⁷. Sammenhengen mellom dette vilkåret og vilkåret *arbeidets karakter* kan være litt forvirrende. Det er naturlig å lure på om det er meningen at man må oppfylle begge vilkårene for å kunne ansette midlertidig, altså at vilkårene skal tolkes kumulativt, eller om det er ment som en beskrivelse av ett av to tilfeller hvor man kan ansette midlertidig.

Det synes imidlertid ikke som om hensikten med denne tilføyelsen skulle være et tilleggsvilkår til vilkåret om arbeidets karakter⁷⁸. Det vil si at enten må arbeidets karakter tilsi en midlertidig ansettelse eller så må arbeidet skille seg fra det som ordinært utføres i bedriften. I den tidligere nevnte minerydderdommen fastslo også Høyesterett at dette vilkåret ikke er et selvstendig krav⁷⁹. Dersom arbeidets karakter tilsier en midlertidig ansettelse trenger ikke arbeidet å skille seg fra det som ordinært utføres i bedriften.

Under forarbeidene til lovrevisjonen av 2005 ble det fremmet forslag om at denne formuleringen skulle erstattes med formuleringen ”dersom arbeidstakeren bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag”⁸⁰. Dette forslaget var inspirert av en lignende formulering i tjenestemannsloven og var ment som en presisering av den opprinnelige teksten. Selv om dette forslaget ikke endte med å bli inntatt i loven, kan man likevel legge til grunn at siden dette var ment som en presisering vil det at arbeidstakeren bare trengs til å utføre en konkret oppgave kunne falle inn under vilkåret i lovteksten om at arbeidet må skille seg fra det som normalt utføres i virksomheten. Jeg vil derfor begynne denne delen av oppgaven med å drøfte nettopp ansettelsesforhold hvor dette er tilfelle.

⁷⁷ Innst. O. nr. 2 1994-1995 s. 29

⁷⁸ Jakhell & Aune 2006:704

⁷⁹ Rt. 2001 s. 1413

⁸⁰ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 214

3.1 Bestemt oppdrag

En måte et ansettelsesforhold kan skille seg fra det som ordinært utføres i bedriften er dersom det er snakk om en konkret, avgrenset oppgave. Et eksempel kan være at en butikkjede bestemmer seg for å bytte til en annen kasseapparatløsning. Kjeden har mange filialer og endringen medfører en stor omstilling for de ansatte. Kjeden ansetter derfor en IT-spesialist i stillingen omstillingsansvarlig for å reise rundt og besøke samtlige filialer, hjelpe dem med innføringen av det nye systemet og gjøre overgangen så glatt som mulig. Når alle ansatte har fått opplæring og det nye systemet er på plass, vil bedriften ikke lenger ha behov for en omstillingsansvarlig. I dette tilfellet vil bruken av midlertidig ansettelse kunne forsvares både ved at det dreier seg om et bestemt oppdrag og at jobben skiller seg fra det som bedriften ordinært driver med.

Departementet mente at det var behov for å tydeliggjøre den allerede eksisterende bestemmelsen⁸¹. Kritikken gikk på at den eksisterende lovteksten kunne være uklar og føre til at bedrifter unnlot å benytte midlertidige ansettelser hvor det ville vært lovlig i frykt for lovbrudd⁸². I og med at man ut fra dette kan lese at departementet ville gjøre det lettere for folk å forstå at man kunne benytte seg av midlertidige kontrakter, kan dette endringsforslaget sees på som en oppmuntring til bruk av midlertidige ansettelser og derigjennom en oppmykning av lovteksten⁸³.

Inspirasjonen til den foreslåtte endringen i lovteksten kom fra tjenestemannlovens § 3 om Fast og midlertidig tilsetning m.v.⁸⁴ Denne loven hadde nemlig allerede formuleringen *bestemt oppdrag* i seg.

”2. Tjenestemann skal tilsettes fast, medmindre:

a. Tjenestemannen trengs bare for et bestemt tidsrom eller for å utføre et bestemt oppdrag.”⁸⁵

Å bruke den samme formuleringen i arbeidsmiljøloven ville ført til en harmonisering av de to lovene⁸⁶. Formuleringen ble imidlertid som nevnt ikke tatt inn i arbeidsmiljøloven.

⁸¹ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 214

⁸² Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 214

⁸³ Rt. 2009 s. 591

⁸⁴ Ot. prp. nr 49 2004-2005 s. 203, 206, Rt. 2009 s.586

⁸⁵ Lov om statens tjenestemenn m.m. nr. 3 1983

⁸⁶ Rt. 2009 s. 591

I *Kommentarer til arbeidsmiljøloven*⁸⁷ heter det seg imidlertid at ”Arbeid som atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten, vil typisk oppfylle kravet om bestemt oppdrag.”⁸⁸

I kommunalkomiteens behandling av Ot. prp. nr. 50 1993-1994 kom det fram at det er et viktig trekk ved en lovlig midlertidig ansettelse at det arbeidet som utføres må skille seg fra det arbeidet som ordinært utføres i bedriften⁸⁹. Dette førte til en tilføyelse i lovteksten som skulle forhindre at en arbeidsgiver ansatte et fast grunnmannskap som er litt for lite i forhold til bedriftens reelle behov, for så å fylle resten av bemanningsbehovet med midlertidige ansettelser ettersom man trenger det. Formålet med denne formuleringen var altså å avskjære en mulighet for å benytte seg av midlertidige ansettelser.

Som nevnt innledningsvis går formuleringen *arbeidstakeren bare trengs til å utføre et bestemt oppdrag* igjen i forarbeidene til loven⁹⁰. Det at formuleringen i siste instans ikke ble tatt med i den endelige loven skyldes at man ved regjeringsskiftet i 2006 besluttet å se over lovforslaget en siste gang. Ved denne gjennomgangen kom man fram til at den nye formuleringen ville medføre en uønsket, ny mulighet til å ansette folk på midlertidig kontrakt. Selv om formuleringen ikke ble tatt inn i loven kan man ut ifra forarbeidene slutte seg til at det fra lovgivers side er tanken at et bestemt oppdrag vil skille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten. Med andre ord, vilkåret omfatter tilfeller der en bedrift trenger å få utført en konkret, gjerne tidsbegrenset oppgave som ikke ellers er en del av den vanlige driften i virksomheten.

Høringsinstansene var kritiske til forslaget til endring. *Akademikerne* bemerket blant annet at å tillate midlertidige ansettelser der hvor en arbeidstaker bare trengs til å utføre et bestemt oppdrag, kunne gi et uønsket omfang av midlertidige ansettelser⁹¹. Bemerkelsen ble gjort i sammenheng med et annet forslag til lovtekst om å åpne for en generell adgang til å ansette noen midlertidig i en seks månedersperiode.

At den planlagte formuleringen om at en arbeidstaker bare trengs til utførelsen av et bestemt oppdrag fremdeles kan brukes, fremkommer av Høyesteretts bemerkninger i Rt. 2009 s. 578.

⁸⁷ Jakhell & Aune 2006

⁸⁸ Jakhell & Aune 2006:704

⁸⁹ Jakhell 2004:220

⁹⁰ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 205f, NOU 2004:5 s. 299

⁹¹ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 206

Der opplyser førstvoterende at det, etter hans syn, ikke er noe i veien for at det som ble skrevet i de første forarbeidene fortsatt kan gjøres gjeldende, selv om lovtekstens endelige utseende ikke ble slik som innstilt.

”Jeg nevner ellers at § 14-9 opprinnelig ble vedtatt med en noe annen ordlyd ved lov 17. juni 2005 nr. 62, som skulle tre i kraft 1. januar 2006. Lovforslaget ble fremmet av regjeringen Bondevik II i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på bakgrunn av Arbeidslivslovutvalgets utredning i NOU 2004: 5. Innen loven trådte i kraft, fremmet imidlertid regjeringen Stoltenberg II Ot.prp. nr. 24 (2005-2006), som det endelige lovvedtaket bygger på. Hovedforskjellen er at det første lovvedtaket ga en videre adgang til midlertidig ansettelser enn den endelige lovteksten åpner for. For de tolkningsspørsmål som oppstår i den foreliggende saken, har forskjellene mellom de to lovtekstene imidlertid liten betydning, og uttalelser i Arbeidslivslovutvalgets utredning og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) er fortsatt relevante.”⁹²

Den tidligere nevnte dommen fra Gulating lagmannsrett av 2009 med nummer LG-2008-064820 om gjenåpning av en oljeboringsinstallasjon er relevant også for dette punktet. Som nevnt, var det hevet over enhver tvil at selskapet bak prosjektet ikke ville ha bruk for den kompetansen de hadde vært nødt til å erverve seg for å kunne foreta gjenåpningen når installasjonen ble operativ. Det betyr at de kun hadde bruk for arbeidstakeren til å utføre et bestemt oppdrag. Da saksøker ble funnet å ha sitt ansettelsesforhold til bemanningsbyrået, ikke verken selskapet eller prosjektet, var det ikke relevant for dommen i seg selv, men lagmannsretten uttalte likevel at

”Selv om arbeidsmiljøloven ikke bruker betegnelsen "prosjekt" om den type arbeid der det vil kunne være lovlig å anvende midlertidig arbeidskraft, gir allerede prosjektbetegnelsen en antydning om et arbeid hvis karakter vil kunne tilsi at midlertidig arbeidsinnleie vil være lovlig, i det arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten.”⁹³

Med andre ord fastslår lagmannsretten at det er tillatt å ansette noen midlertidig dersom det er klare begrensninger i hvor lenge man vil ha bruk for arbeidstakeren og dette framgår tydelig av måten arbeidet er organisert på og omtalt.

3.2 Sesongmessige svingninger

Mange forretninger har visse tider på året da de har ekstra mye å gjøre. Innenfor varehandel er desember og mellomjulen ekstra travle tider fordi alle først skal kjøpe gaver til hverandre, for deretter å bytte dem i mellomjulen. For å kunne hjelpe alle kundene i denne perioden trenger

⁹² Rt. 2009 s. 578

⁹³ LG-2008-064820

butikkene å ha flere ansatte på jobb enn de har bruk for resten av året. Dette kaller vi en sesongmessig svingning. Slike svingninger er ofte veldig forutsigbare i det at de gjentar seg hvert år, eller flere ganger hvert år, men i det minste til bestemte, forventede tider.

Fordi det ville vært vanskelig å drive en bedrift lønnsomt med like mange ansatte hele året som man trenger i en høysesong, velger de fleste bedrifter å ansette noen midlertidig for å avhjelpe nettopp det økte behovet som oppstår. Disse ansatte utfører den samme jobben som de andre i virksomheten, men er ansatt på midlertidige kontrakter fordi man vet at man ikke lenger vil ha bruk for dem når tilstandene normaliserer seg.

Lovteksten i seg selv spesifiserer ikke om det er lov å bruke midlertidige ansettelser ved sesongmessige svingninger. Slike ansettelser må derfor falle inn under arbeidets karakter eller at det skiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften. Den typen midlertidige stillinger det her er snakk om kan befinne seg i et grenseland mellom disse to vilkårene.

På den ene siden kan man si at det er en karakter ved arbeidet at det kun er bruk for arbeidstakeren i en bestemt periode. Spørsmålet blir imidlertid om det er en karakter ved arbeidet eller en karakter ved ansettelsen. Hvis man blir ansatt som julehjelp i en klesforretning, er julen ikke nødvendigvis en karakter ved det arbeidet man skal utføre. Den er imidlertid en forutsetning for at man har blitt ansatt.

På den andre siden kan det også hende at en slik ansatt blir satt til å gjøre litt andre ting enn de andre i butikken eller at arbeidet tar en annen form på grunn av den økte pågangen. Eksempelvis kan en julehjelp i en klesforretning bli satt til kun å rydde i butikken mens de øvrige ansatte hjelper kunder, ekspederer og pakker opp nye varer.

Under hvilket vilkår man plasserer en slik midlertidig ansettelse, vil måtte være et vurderingsspørsmål fra tilfelle til tilfelle. Hovedpoenget er at slikt arbeid skal ha en noenlunde naturlig og klar tidsbegrensning⁹⁴.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er adgangen til å bruke midlertidige kontrakter for å avhjelpe en fast, men midlertidig økning i bemanningsbehovet ikke gjenstand for mye debatt.

⁹⁴ Jakhelln & Aune 2006:704

Det virker å herske en viss enighet om at nettopp denne formen for midlertidige ansettelser er en av hovedårsakene til at det må finnes et lovlig unntak fra hovedregelen om fast ansettelse⁹⁵. NHO, KS og HSH mente at vilkåret *bestemt oppdrag* burde gi hjemmel til å ansette midlertidig ved sesongarbeid⁹⁶ og foreslo i tillegg en presisering lydende ”når arbeidstaker bare trengs for et bestemt tidsrom”⁹⁷. Uten en slik presisering ville en sesongarbeider som hadde jobbet mer enn fire måneder per år ha krav på fast ansettelse etter tre år.

”NHO viser til at mange næringer har sesongarbeid som varer ut over dette tidsrom, som for eksempel asfaltbransjen og reiselivsbransjen. Adgangen til å inngå midlertidig ansettelse ved sesongarbeid er etter gjeldende rettstilstand ikke tilsvarende begrenset og NHO mener at denne presiseringen er nødvendig for at flertallsforslaget ikke skal innebære en innstramming i forhold til gjeldende rett.”⁹⁸

Om formuleringen *arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften* sier Ot.prp. nr. 49 2004:2005 videre at

”Bestemmelsen er ikke til hinder for å ansette midlertidig for å dekke arbeidskraftbehov som knytter seg til sesongmessige svingninger i varehandelen, turistnæringen, næringsmiddelindustrien og annen sesongpreget virksomhet. Også for å dekke behov for tidsavgrenset ekstra arbeidskraft som er det normale og som gjentas årlig, for eksempel julehjelp, vil det være grunnlag for å ansette midlertidig.”⁹⁹

Kommunalkomiteens leder fremhevet i Ot. forh. 1994-1995 at en sesongmessig svingning må sees på som en unntakstilstand etter den nevnte formuleringen, selv om det dreier seg om en sesongsvingning som gjentar seg hvert år¹⁰⁰.

I saken LH-2000-00900 ble en arbeidstaker ansatt midlertidig ved et tørrfiskanlegg. Tørrfiskanlegget er i sin natur en bedrift som er svært sesongavhengig da råvaren kun er tilgjengelig visse perioder av året. Arbeidstakeren mente seg imidlertid for fast ansatt å regne da han mente at han hadde fått løfter om å bli overført til et annet anlegg som opprettholdt produksjon hele året. Arbeidsgiver fikk medhold i saken til tross for at den midlertidige arbeidstakeren var av den oppfatning at ansettelsen var fast. Det var nemlig helt ulogisk for arbeidsgiveren som hvert år leide inn flere midlertidige ansatte som en avgjørende faktor i sin virksomhet.

⁹⁵ NOU 2004:5 s. 291, Ot. Prp. nr. 49 2004-2005 s. 202

⁹⁶ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 206

⁹⁷ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 206

⁹⁸ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 206

⁹⁹ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 202

¹⁰⁰ Jakhelln 2004:221

”Uansett var det helt upåregnelig for en arbeidsgiver som regulært og gjennom flere år hyrer inn tilfeldig arbeidskraft for sesongbetont arbeide, at Geir-Inge Sørensen - som var ufaglært og helt uerfaren med denne type arbeide - skulle anse seg fast ansatt. Det var tale om et bestemt arbeide av forbigående art, og et vanlig fast arbeidsforhold ville være i strid med behovet for arbeidskraft ved både dette anlegget og for så vidt øvrige anlegg som Johs. H. Gæver AS disponerte over.”¹⁰¹

For lagmannsretten var det altså klart at dette var et tilfelle av sesongarbeid og at arbeidsgiver ikke kunne holdes ansvarlig for at arbeidstakeren hadde misforstått.

3.3 Uforutsigbar arbeidsmengde og andre uforutsigbare topper

Ved siden av økt virksomhet i visse sesonger, kan det også tenkes andre perioder hvor en bedrift kan få ekstra mye å gjøre. En spesielt kald vinter kan plutselig gi vesentlig mer å gjøre i bedrifter som driver med installasjon av varmepumper eller hogging av ved. Det er imidlertid å forvente at denne økte pågangen vil avta etter hvert som våren kommer. Dersom det dreier seg om en slik forbigående økning i arbeidsmengden burde det være mulig å ansette noen midlertidig for å avhjelpe denne situasjonen. Det ville jo være urimelig om man skulle være nødt til å ha disse nye arbeidstakerne ansatt over sommeren.

Annerledes blir det derimot om en virksomhet skulle være organisert på en slik måte at arbeidsmengden svinger uforutsigbart gjennom hele året. I et slikt tilfelle vil det være mer usikkert om virksomheten burde få benytte seg av midlertidige kontrakter. Det at man generelt ikke alltid vet hvor mye forretning man kommer til å ha kan være tilfelle for svært mange bedrifter. Da må man bemanne for snittet. Her kan det være nyttig å nevne at en begrensning i adgangen til å benytte midlertidige kontrakter ikke nødvendigvis er til hinder for at man kan ha ekstrahjelpere ansatt på faste kontrakter eller ha faste ansatte på andre stillingsbrøker enn 100 %. Med andre ord finnes det andre måter å justere arbeidsstokken i forhold til arbeidsmengden enn å bruke midlertidige ansettelser.

På samme måte som de sesongmessige svingningene er heller ikke denne adgangen til bruk av midlertidige ansettelser nevnt spesielt i lovteksten. Når det fremgår av forarbeidene at det er meningen at midlertidige ansettelser av denne typen skal være tillatt, må det tilsi at de må falle under beskrivelsen i arbeidsmiljølovens § 14-9 a.

¹⁰¹ LH-2000-00900

At en bedrift kan få mer å gjøre i perioder trenger ikke å bety at det oppstår en annen form for arbeid enn det som normalt utføres i bedriften. Snarere tvert i mot vil en bedrift som opplever en tidsbegrenset økning i arbeidsmengden mest sannsynlig få behov for ekstra personell for å utføre den samme jobben som de øvrige ansatte gjør til vanlig. I den forbindelse er det verdt å merke seg at vilkåret om at arbeidet må *skille seg fra det som ordinært utføres* i bedriften ikke er ment å skulle spesifisere vilkåret *arbeidets karakter*.

I tilfelle av en uforutsett økning i arbeidsmengde som her nevnt, ville vilkåret om at arbeidet skal skille seg fra det man vanligvis driver med virke utelukkende og hindre bedrifter i å ta inn ekstra personell på midlertidige kontrakter. Fordi det ville vært ugunstig for arbeidsplassen å ansette flere arbeidere fast, i og med at behovet kun var tidsbegrenset, er det sannsynlig at en bedrift i en slik situasjon ville løst situasjonen ved å pålegge de ansatte overtid. Her ville vilkåret virket mot sin hensikt da det fremkommer både av NOU 2004:5 og Odelstingsproposisjon. nummer 49 2004-2005 at det ikke er ønskelig¹⁰².

Ifølge NOU 2004:5 kan en arbeidsgiver ansette midlertidig for topper som ikke er sesongavhengig dersom det dreier seg om kortvarige, uforutsigbare situasjoner. At situasjonen er tidsbegrenset virker etter forarbeidene å være et viktig kriterium.

”Arbeidsgiver kan ansette midlertidig for topper som ikke er sesongavhengig, dersom det dreier seg om kortvarige og uforutsigbare situasjoner. Det er imidlertid ikke anledning til å ansette midlertidig for å avhjelpe generelle eller jevne variasjoner i ordretilgang eller ved usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde e.l. Grensen mellom sesongvariasjoner og generelle variasjoner i arbeidsmengde kan være vanskelig å trekke.”¹⁰³

Arbeidslivslovsutvalget anerkjenner altså at det kan være vanskelig å trekke grensen mellom variasjoner i arbeidsmengde som faller innenfor adgangen til bruk av midlertidige ansettelser og den som faller utenfor. De gir imidlertid ikke noen videre føringer for hvordan man skal trekke denne grensen og man må forstå det slik at de overlater det til domstolene og vurdere dette i hvert enkelt tilfelle.

Utgangspunktet er dermed at det er tillatt å ha noen ansatt på en midlertidig kontrakt dersom behovet er midlertidig. Spørsmålet blir imidlertid hva som skal vektlegges når man avgjør om

¹⁰² Jakhell & Aune 2006:702

¹⁰³ NOU 2004:5 s. 291, Ot. prp. nr 49 2004-2005 s. 202

behovet er midlertidig eller ikke. I saken Rt. 2005 s. 826 kom Høyesterett frem til at det var ulovlig for en bedrift å bruke midlertidig kontrakt for å tilknytte seg en arbeidstaker som bedriften hadde tilbakevendende bruk for.

A jobbet på lager som ekstrahjelp på midlertidig kontrakt. Lagervirksomheten ved denne bedriften var organisert på en slik måte at det med jevne mellomrom kom store containere for avlesning. Det var i disse periodene bedriften trengte ekstra folk. I de periodene hvor det ikke kom containere klarte bedriften seg med omtrent halvparten så mange ansatte og disse var faste ansatte. Bedriften hadde altså noen topper, men Høyesterett kom til at dette i seg selv ikke var grunn til å ha noen ansatt midlertidig. At det ville komme nye perioder hvor man ville ha behov for ekstra arbeidskraft var så godt som sikkert og behovet for As arbeidskraft var dermed forutsigbart. Arbeidsgiveren bemerket at det var nødvendig for bedriften å ha fleksibel tilgang til arbeidskraft i form av vikarer eller ekstrahjelp. Rt. 2005 s. 826 sier imidlertid ikke at en arbeidsgiver ikke kan ha ekstrahjelp ansatt, bare at det ikke er tillatt å ansette dem på midlertidig kontrakt.

I enkelte bedrifter kan et midlertidig behov for økt bemanning vare over lengre tid. Som det fremgår av LG-2008-064820, vil hovedpoenget være at behovet skal ha en tydelig tidsmessig avgrensning, ikke hvor lenge behovet varer¹⁰⁴.

”Lagmannsretten finner generelt at gjenutbyggingen av Yme-feltet innebærer en forbigående betydelig økning i Talisman Energy Norge AS sitt bemanningsbehov - et behov som vil være borte den dagen gjenutbyggingen er avsluttet. Slik lagmannsretten vurderer det, tilsier det at vilkårene for innleie for en tidsavgrenset periode i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav a jfr. arbeidsmiljøloven § 14-12 er oppfylt.”¹⁰⁵

I NOU 2004:5 er det lagt vekt på rettsavgjørelsen, kalt minerydderdommen¹⁰⁶ eller Norsk Folkehjelp-dommen, når det anføres at vilkåret om at arbeidet må skille seg fra det som normalt utføres i bedriften ikke skal tolkes så strengt.

”Vilkåret «bare trengs» kan ikke tolkes så bokstavlig at det utelukker midlertidig ansettelse i de tilfeller arbeidsgiver har grunn til å tro at vedkommende også en gang i fremtiden vil trengs på midlertidig basis. Utgangspunktet for vurderingen må være om arbeidsgiveren på ansettelsestidspunktet har grunn til å tro at arbeidstakeren ikke trengs på varig basis.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ Den absolutt øverste grensen er imidlertid behandlet i punkt 4.0 Tidsaspektet.

¹⁰⁵ LG-2008-064820

¹⁰⁶ Rt. 2001 s. 1413

¹⁰⁷ NOU 2004:5 s. 299

Høyesterett konkluderte med at bestemmelsen ikke skal forstås bokstavelig slik at det ikke er et absolutt krav at arbeidet må skille seg ut, og slår videre fast at en korrekt forståelse av forarbeidene er at man kan ansette midlertidig for å avhjelpe et midlertidig behov selv om arbeidet ikke skiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften.

”Retten viste i den forbindelse til at en sesongavhengig og sterk økning av ordinære arbeidsoppgaver vil kunne gi adgang til midlertidig ansettelse, slik blant annet kommunalkomiteens flertall har forutsatt.”¹⁰⁸

3.4 Ordrebasert virksomhet

En ordrebasert virksomhet er en arbeidsplass hvor det produseres på bestilling. Det vil si at man har kunden klar før man lager produktet. Et eksempel på en slik arbeidsplass kan være et skipsverft. Å bygge et stort skip er ofte en investering for et verft som binder opp virksomheten i flere år. Det hører til sjeldenhetene at et verft tar denne risikoen uten å ha en kjøper klar. Kjøperen kan også ha preferanser i forhold til det ferdige produktet som gjør at han må med i prosessen på et tidlig tidspunkt. At en virksomhet organiserer sitt arbeid i prosjekter er ikke det samme som at selve arbeidsplassen er midlertidig (se punkt 2.5).

I en ordrebasert virksomhet kan det ofte være vanskelig å vite hvor mange ansatte man til en hver tid vil ha bruk for. Selv om det vanligste vil være at man i en ordrebasert virksomhet driver innenfor et gitt fagfelt, kan det tenkes bedrifter hvor oppdragenes karakter er veldig forskjellige. Hva slags kompetanse man kommer til å ha bruk for hos de ansatte fra oppdrag til oppdrag kan da variere stort. Det kan derfor være gunstig å benytte midlertidige kontrakter slik at man lett kan bytte ut de ansatte etter behov.

I henhold til forarbeidene er det ikke meningen at det skal gjøres noe unntak fra reglene i arbeidsmiljøloven om midlertidige ansettelser for ordrebaserte virksomheter. For at en midlertidig ansettelse skal være lovlig i en slik bedrift, må ansettelsen også falle inn under et av vilkårene i arbeidsmiljølovens § 14-9 a. Det vil si at enten må arbeidets karakter tilsi at man ansetter noen midlertidig, ellers må arbeidet som man trenger den midlertidige ansatte til skille seg fra det arbeidet som ellers utføres i bedriften.

¹⁰⁸ NOU 2004:5 s. 292

I en bedrift som ligner det som ble beskrevet innledningsvis, kan det være vanskelig å avgjøre hva slags arbeid bedriften utfører til vanlig. Hvis bedriftens oppdragsgivere er forskjellige fra gang til gang, slik at man ikke kan forutsi hva slags type arbeidstakere man vil ha bruk for neste gang man får et oppdrag, vil nok dette gi adgang til å benytte midlertidige kontrakter.

I denne sammenhengen kan det imidlertid være riktig å trekke fram den opprinnelig tiltenkte lovteksten om bestemt oppdrag. Det vesentlige for å avgjøre om en ansettelsessituasjon passer inn under denne formuleringen vil være om en arbeidstaker *bare* trengs til å utføre et bestemt oppdrag. For at en arbeidsgiver skal kunne benytte seg av midlertidige kontrakter i en ordrebasert virksomhet må det være umulig for ham å benytte de eller den samme ansatte i flere oppdrag. Motsatt blir det selvsagt urimelig å pålegge en bedrift å ansette noen med spesialkompetanse på et felt på fast basis dersom det ikke er sannsynlig at bedriften vil få flere oppdrag hvor denne kompetansen kan benyttes.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det ikke hvordan bedriften er organisert som har betydning for om man kan bruke midlertidige ansettelser.

”Det at arbeidet i seg selv er organisert i prosjekter eller enkeltstående oppdrag vil ikke i seg selv være nok til å begrunne midlertidig ansettelse.”¹⁰⁹

Formuleringen i sitatet over åpner imidlertid for at det at man har en ordrebasert virksomhet kan være en medvirkende årsak til at man benytter midlertidige kontrakter. Det vil si at i et tvilstilfelle, hvor det også foreligger andre grunner til midlertidig ansettelse, kan usikkerhet knyttet til framtidig arbeidsmengde være grunn til å tillate denne ansettelsesformen.

En generell usikkerhet i bemanningsbehovet er imidlertid ikke tilstrekkelig grunn til å ha ansatte på midlertidige kontrakter. Dersom det dreier seg om en konstant usikkerhet vil en bedrift sannsynligvis ha et statistisk gjennomsnitt å forholde seg til og man får da bemanne i forhold til dette. Dersom man planlegger å ha virksomhet i bedriften de neste årene, har man sannsynligvis planlagt å ha ansatte i bedriften disse årene også. Dermed er ikke behovet for arbeidskraft uforutsett.

I den tidligere nevnte minerydderdommen¹¹⁰ hevdet arbeidstakeren at han hadde krav på fast ansettelse fordi minerydding ikke er arbeid som skiller seg fra det Norsk Folkehjelp driver

¹⁰⁹ NOU 2004:5 s. 291, Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 202

med til vanlig. Snarere tvert imot er minerydding en sentral del av Norsk Folkehjelps virksomhet. Arbeidstakeren mente i ly av dette at han etter å ha jobbet ferdig på det aktuelle prosjektet kunne ha blitt overført til et annet prosjekt. Arbeidsgiver mente imidlertid at han ikke var kvalifisert for andre oppdrag.

”Den 13. august 1998 sendte den ansvarlige for mineryddingsprogrammet i Bosnia et brev til Norsk Folkehjelp med underretning om at A ikke ble ansett kvalifisert for den type stilling som ville bli aktuell i tiden fremover, og han ble trukket tilbake fra arbeidet for FN. Deretter ble han varslet av Norsk Folkehjelp om at det ikke var aktuelt med forlengelse av arbeidskontrakten etter 30. september 1998”¹¹¹

Om arbeidstakerens innvending om at han så lenge han var tilknyttet Norsk Folkehjelp burde kunne overføres til denne organisasjonens mineryddingsvirksomhet annet sted i verden, uttalte Høyesterett følgende:

”Jeg har vanskelig for å se at dette er en fullt ut realistisk betraktningssmåte. Internasjonal minerydding er ingen entydig virksomhet. Teknisk, menneskelig og kulturelt vil utfordringene formentlig kunne variere meget fra region til region. Dermed vil kvalifikasjonskravene til minerydding variere tilsvarende. Jeg finner ikke grunnlag for å overprøve Norsk Folkehjelps vurdering av As kvalifikasjoner i så måte.”¹¹²

Arbeidstakeren fikk i dette tilfellet ikke medhold i sin påstand om at den midlertidige ansettelsen var ulovlig. Det betyr at selv om en ordrebasert virksomhet i utgangspunktet ikke er grunn nok til å tillate midlertidige kontrakter, kan det være tillat dersom man som arbeidsgiver ikke *kan* benytte samme arbeidstaker fra prosjekt til prosjekt.

4.0 Tidsaspektet

Det er nevnt flere steder i forarbeider og bøker at man forventer at et oppdrag som tilsier bruk av midlertidige ansettelser skal ha en naturlig slutt¹¹³. Tid er dermed et sentralt punkt i bedømmelsen av lovligheten av en midlertidig ansettelse. Det er derfor naturlig å vie noe plass i denne oppgaven til hvordan loven begrenser adgangen til midlertidige ansettelser gjennom fastsettelse av tidsrammer.

¹¹⁰ Rt. 2001 s. 1413

¹¹¹ Rt. 2001 s. 1414

¹¹² Rt. 2001 s. 1423

¹¹³ Jakhell & Aune 2006:704, NOU 2004:5 s. 299, Fougner & Holo 2006:650ff

4.1 Midlertidig ansettelse skal være tidsavgrenset

Som det fremgår av denne oppgavens drøftninger i del 2 og 3, er det et kjernetrekk ved midlertidige ansettelser at de skal være tidsbegrensede. I Rt. 1991 s. 872 kom Høyesterett fram til at 12 år var for lenge å ha noen ansatt på midlertidig kontrakt og i Ot. prp. nr. 64 2001-2002 er en midlertidig ansatt definert som en ansatt som har en bestemt slutt for ansettelsen å forholde seg til¹¹⁴. At en midlertidig ansettelse skal inneholde en sluttdato fremgår ikke av lovteksten, men etter lovrevisjonen av 2005 ble det inntatt en hjemmel i arbeidsmiljøloven som begrenser den samlede lengden på et midlertidig arbeidsforhold opp til fire år.

4.2 4-årsregelen

Forslag som ble vedtatt ved lovrevisjonen i 2005/2006 om en øvre begrensning av midlertidige ansettelse på fire år, heretter fireårsregelen, finner vi i § 14-9 5. ledd. Den fastslår at dersom en arbeidstaker har vært sammenhengende midlertidig ansatt i fire år, regnes han som fast ansatt med de rettigheter det medfører.

”Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse.”¹¹⁵

Dette ble opprinnelig foreslått i Innstilling til Odelstinget nr. 2 1994-95 av komiteens medlemmer fra Sosialistisk Venstreparti, Senterpartiet og Kristelig Folkeparti. I deres forslag var det snakk om at man etter tre års sammenhengende tjeneste var å anse som fast ansatt og det var presisert at dette skulle gjelde uavhengig av hva som hadde vært den opprinnelige årsaken til at det ble brukt midlertidig ansettelse¹¹⁶.

Formålet med innføringen av den såkalte fireårsregelen i 2005 var tredelt. For det første ønsket lovgiver å hindre bruk av midlertidige kontrakter over et langt tidsrom¹¹⁷. For det andre vil en øvre grense for midlertidige ansettelser på fire år være et signal om at virksomheten har et permanent arbeidskraftbehov¹¹⁸. Og sist, men ikke minst, var formålet med innføring av fireårsregelen å få til en tilpasning til tjenestemannsloven §§ 9 og 10 som

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 64 2001-2002 s. 9

¹¹⁵ Arbeidsmiljøloven § 14-9 5. ledd 2. punktum

¹¹⁶ Innst. O. nr. 2 1994-1995 s. 30

¹¹⁷ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 218

¹¹⁸ Ot. prp. nr. 49 2004-2005 s. 218

gir tjenestemenn som har vært ansatt sammenhengende i midlertidig stilling i mer enn fire år det samme stillingsvernet som tjenestemenn som har vært ansatt i mer enn to år¹¹⁹.

4.3 Arbeidstakers fravær

I 2009, tre år etter innføringen av den nye arbeidsmiljøloven, avsa Høyesterett en dom som skulle føre til en presisering av lovteksten når det gjaldt midlertidige ansettelser¹²⁰. Saken dreide seg om hvorvidt en midlertidig ansatt ved Akershus sykehus hadde krav på fast ansettelse etter å ha vært ansatt i mer enn fem år. Lovens hovedregel tilsier at dersom en arbeidstaker har vært ansatt i mer enn fire år, skal han ansees som fast ansatt¹²¹. Problemet var imidlertid at den ansatte gjennom disse fem årene hadde hatt mange ulike former for ansettelser. De første atten månedene var han betalt av A-etat som et ledd i sin omskolering. Siden jobbet han i forskjellige stillingsbrøker, blant annet delvis ved siden av sin hjelpepleierutdanning. Mot slutten av ansettelsesforholdet hadde han praksistid i ti måneder ved sykehuset for å oppfylle et krav i sin videreutdanning. Da hans kontrakt løp ut var han sykmeldt.

Høyesterett drøfter fire ulike forhold i dommen:

- 1) muligheten til fast ansettelse der hvor bedriften har et fast udekket arbeidskraftbehov.
- 2) hvilke midlertidige ansettelser som skal vurderes i forhold til fireårsreglen i arbeidsmiljølovens § 14-9.
- 3) avklaring av begrepet praksisarbeid i arbeidsmiljølovens § 14-9 (1) c.
- 4) veiledning om midlertidige ansattes sykefravær skal gå til fratrekk i beregningen av 4 års reglen.

Det er først og fremst punkt 2 og 4 som er interessante i forhold til et tidsaspekt. Hva som legges i begrepet praksisarbeid, blir ikke tatt med her. Høyesteretts uttalelser i forhold til punkt 1 blir likevel tatt med da det kommer inn under grunntemaet for denne oppgaven.

Høyesterett anførte at man ikke kan ha en person på midlertidig i mer enn fire år uten at man vil ha et behov for å øke grunnbemanningen. Selv om man, som i dette tilfellet, har et mer eller mindre stabilt sykefravær man må dekke opp, kan man ikke bruke det til å forsvare

¹¹⁹ Welhaven og Homble 2009

¹²⁰ Rt. 2009 s. 578

¹²¹ Arbeidsmiljøloven § 14-9 5. ledd

midlertidige ansatte fordi stabiliteten i sykefraværet gjør det såpass forutsigbart at det tilsier en fast ansettelse.

Man må være ansatt etter et av de tre første vilkårene i arbeidsmiljølovens § 14-9 dersom fireårsregelen skal komme til anvendelse. Det vil si at man ikke kan være i praksis, på arbeidsmarkedstiltak eller arbeide innen organisert idrett. I dette tilfellet var deler av ansettelsesperioden en del av et arbeidsmarkedstiltak fra NAV, og Høyesterett kom til at denne perioden ikke kunne regnes med i ansettelsestiden.

Loven stiller krav til at man må være sammenhengende ansatt i mer enn fire år. Et fravær, for eksempel sykefravær, bryter opp perioden slik at kravet til en sammenhengende ansettelsesperiode ikke møtes. Høyesterett bemerker at det nok ikke bør gjelde i situasjoner hvor det bare snakk om et par ukers fravær. I dette tilfellet dreide det seg imidlertid om over et år. Høyesteretts flertall valgte å legge vekt på uttalelser i forarbeidene, spesielt utsnittet under:

"Kravet til "sammenhengende" midlertidig ansatt i mer enn fire år innebærer imidlertid at ansettelsesforholdet skal være uavbrutt. Mindre avbrudd mellom to ansettelsesforhold må derimot kunne tolereres. Det vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet, om kravet til "sammenhengende" er oppfylt eller ikke. Fravær i form av sykdom, permisjoner, militærtjeneste mv. hvor ansettelsesforholdet består, avbryter ikke ansettelsesforholdet, men skal normalt gå til fradrag ved beregning av ansettelsesforholdets lengde."¹²²

Høyesteretts tolkning var at sykefraværet til den ansatte i dette tilfellet ikke skulle representere et brudd i ansettelsesforholdet, men at det var så langt at det måtte trekkes fra i vurderingen av hvor lenge den ansatte hadde vært ansatt.

Høyesteretts tolkning av ordet *sammenhengende* i forhold til sykefravær, førte til at den ansatte ikke fikk medhold i sitt krav om fast ansettelse fordi han etter å ha fått fradrag for ett år ikke hadde vært ansatt i fire år, som regelen tilsier. Mindretallets tolking var imidlertid i arbeidstakerens favør. Mindretallet mente at det ikke ville være riktig å trekke fra arbeidstakerens sykefravær når man beregner hvor lenge en har vært ansatt. De la vekt på at også en sykemeldt ansatt er ansatt i lovens forstand og anførte følgende:

¹²² Ot.prp. nr. 49 2004-2005 s. 333

”Fradrag i opptjeningstiden for sykmeldingsperioder forutsetter altså at det til arbeidstakers ugunst foretas en innskrenkende tolkning av ordlyden i § 14-9 femte ledd annet punktum - et hensyn som også bryter med hensynet til innbyrdes konsekvens i arbeidsmiljøloven.”¹²³

Dersom en skulle trekke fra den tiden en arbeidstaker har vært sykemeldt ville dette føre til at en arbeidstaker som har vært sykemeldt har dårligere premisser enn en som ikke har vært det. Det er en forskjellsbehandling av sykemeldte som mindretallet ikke mente var forenelig med lovens formål. En slik tolkning kunne være egnet til å motvirke ønsket om et inkluderende arbeidsliv og likestillingshensyn (§ 1-1 bokstav b, c og e). Lovens §§ 15-8 og 15-9 om styrket oppsigelsesvern under sykdom og i forbindelse med svangerskap, fødsel og adopsjon tilsier at man tvert imot skal ha ekstra vern dersom man er syk og flertallets tolkning kunne medføre at det ble lettere å nekte kvinner fast ansettelse fordi den største delen av fravær i forbindelse med barn faller på dem.

Den 17. juni 2009, litt over en måned etter at Høyesterett avsa denne dommen, ble det sendt ut et høringsbrev med et forslag til et tillegg i arbeidsmiljølovens § 14-9 5. ledd.

Tilleggsforlaget lød slik: "Ved beregning av ansettelsestid etter foregående punktum skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær."¹²⁴ Denne formuleringen ble siden tatt inn i lovteksten og forhindrer i dag at arbeidstakere som har vært sykmeldte mister sin rett til fast ansettelse etter fire år på midlertidig kontrakt.

¹²³ Rt. 2009 s.593

¹²⁴ Welhaven og Homble 2009

5.0 Kildeliste

5.1 Litteraturliste

- Deloitte Advokatfirma DA (2004), "Nytt fra arbeidslivet – Vår 2004", www.deloitte.com, [http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Norway/Local%20Assets/Documents/NyttFraArbeidslivet_Nr104\(3\).pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Norway/Local%20Assets/Documents/NyttFraArbeidslivet_Nr104(3).pdf)
- Fougner, Jan & Lars Holo (2006), *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave*, Universitetsforlaget AS, Oslo
- Jakhelln, Henning (2004), *Oversikt over arbeidsretten*, N. W Damm & Søn
- Jakhelln, Henning & Helga Aune (2006), *Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, N. W Damm & Søn
- Landsorganisasjonen i Norge (2008), "Arbeidsmiljøloven og regelverk", www.lo.no, <http://www.lo.no/s/arbeidsliv/Arbeidsmiljolooven-og-regelverk/Arbeidsmiljolooven-og-regelverk/>
- Norsk Tjenestemannslag (2011), "Høring – Tiltak for å redusere antall midlertidige tilsetninger", www.ntl.no, <http://www.ntl.no/ikbViewer/Content/18577/midlertidighet.pdf>
- Welhaven, Trine B. og Runar Homble (2009), "Sykefravær og ansettelsestid", *Tidsskriftet Arbeidsmiljø*, <http://www.arbeidsmiljo.no/xp/pub/hoved/tidsskrift/temaer/arbeidsrett/460911>

5.2 Lovhenvisninger

- Lov om statens tjenestemenn m.m. LOV-1983-03-04-3
- Lov om universiteter og høyskoler – Opphevet LOV-1995-05-12-22
- Lov om universiteter og høyskoler LOV-2005-04-01-15
- Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. – Opphevet LOV-1977-02-04-4
- Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. LOV-2005-06-17-62

5.3 Forarbeider

- Ot. prp. nr. 31 1935
- Ot. prp. nr. 41 1975-1976
- Ot. prp. nr. 72 1981-1982
- Ot. prp. nr. 50 1993-1994
- Ot. forh. 1994-1995
- Innst. O. nr. 2 1994-1995
- Ot. prp. nr. 64 2001-2002
- Innst. O. nr. 100 2004-2005
- NOU 2004:5
- Ot. prp. nr. 49 2004-2005
- Ot. prp. nr. 24 2005-2006

5.4 Rettsavgjørelser

- Rt. 1985 s. 1141
- Rt. 1991 s. 872
- Rt. 1992 s. 729
- Rt. 2001 s. 1413
- Rt. 2005 s. 826
- Rt. 2005 s. 1395
- Rt. 2009 s. 578
- LH-2000-00900 2001-03-20
- LB 2005-094118
- LG 2008 064820